

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES
EFFETS DU DIVORCE

AU REGARD DES ENFANTS NÉS DU MARIAGE

PAR

ANDRÉ HUGUET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le *Vendredi 7 Juin 1901, à 1 h. du soir*

Président : M. WEISS, Professeur.

Suffragants : { MM. BOISTEL, } *Professeurs.*
 { MASSIGLI, }



PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS & DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, rue Soufflot, 5^e arrond.

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES
EFFETS DU DIVORCE

AU REGARD DES ENFANTS NÉS DU MARIAGE

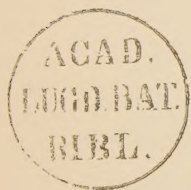
PAR

ANDRÉ HUGUET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le *Vendredi 7 juin 1901*, à 4 heure du soir



Président : M. WEISS, Professeur.

Suffragants : { MM. BOISTEL, } Professeurs.
{ MASSIGLI, }

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS & DES ARRÊTS

FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, rue Soufflot, 5^e Arrond.

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1901

DES EFFETS DU DIVORCE

AU REGARD
DES ENFANTS NÉS DU MARIAGE

INTRODUCTION

Le divorce est, dans notre droit moderne, une institution de date récente. Nous ne rappellerons pas toutes les vicissitudes qu'il a subies : sa proscription définitive et irrémédiable à partir du concile de Trente, par l'Église catholique alors puissance législative et judiciaire en matière de mariage ; son établissement, après la sécularisation de la législation civile, par la loi du 20 septembre 1792, fautive dans son point de départ et par suite exagérée dans ses applications ; son organisation, sur de nouvelles bases, plus exactes et plus modérées par le législateur du Code civil ; sa suppression le 8 mai 1816, au nom de la religion d'État : enfin, son rétablis-

sement, après plusieurs tentatives infructueuses et des discussions ardentes et passionnées, par la loi du 27 juillet 1884.

Ces fortunes diverses, nous disent assez la difficulté du problème. Philosophes, moralistes, prédicateurs, juriconsultes, ont disserté à l'envi sur la question, sans arriver à se mettre d'accord. Certes, comme l'a dit Treilhard, le divorce n'est pas un bien, c'est le remède d'un mal, mais il s'agit de savoir si le remède n'est pas pire que le mal. C'est là tout l'objet de la controverse.

Nous ne pénétrons pas au fond du débat. En entreprenant d'étudier les effets du divorce à l'égard des enfants, nous nous sommes proposé pour but, moins de faire œuvre de critique que de prendre comme un fait, l'institution elle-même, et d'en dégager les conséquences juridiques vis-à-vis des tiers les plus directement intéressés, vis-à-vis de ceux que le mariage a créés, et qui souffrent incontestablement de sa rupture dans leurs intérêts moraux et pécuniaires.

Nous ne pouvons cependant oublier que l'intérêt des enfants a toujours fourni contre le divorce l'objection la plus grave. Elle n'avait qu'une valeur relative dans les sociétés anciennes où, comme à Rome, la famille n'avait pas le mariage pour assise fondamentale, où l'enfant dès sa naissance était absorbé dans un groupe dont il ne pouvait être détaché que suivant des formes particulières, où primitivement, la mère étant l'égale de ses descendants, et n'ayant aucun droit sur eux, son divorce n'avait pour effet d'apporter aucune modification à la situation de ceux-ci. Dans notre société moderne et individualiste au contraire, où le mariage

est la seule base de la famille, où les droits des époux sur les enfants sont égaux, où la dissolution du lien conjugal met en conflit des droits rivaux et menace de laisser l'enfant isolé dans la société, l'objection a une force considérable.

Déjà à Rome, à mesure que l'organisation de la famille perd de son étroitesse et de sa rigueur primitives, et tend à se rapprocher de la nôtre, à mesure que les droits de la mère et ceux de l'enfant s'affirment et se précisent, on commence à apercevoir les dangers du divorce au regard de ceux qui sont nés du mariage. Dans leurs tentatives pour réformer les mœurs dépravées de l'époque impériale et endiguer le flot incessamment montant des divorces, c'est aux enfants surtout que songent les lois. Des précautions sont prises afin d'éviter toute incertitude dans leur état, et parmi les déchéances et les peines frappant l'époux qui a rendu nécessaire la rupture du mariage, plusieurs sont prononcées au profit des enfants.

Au xviii^e siècle, les philosophes qui combattent le dogme de l'indissolubilité et réclament le divorce « avouent qu'il n'est pas toujours favorable aux enfants ».

De nos jours, on a insisté davantage encore, et dans les milieux les plus divers, on nous a présenté, de la situation des enfants dans le divorce, de sombres tableaux, qui n'ont parfois rien d'exagéré.

Ce qui principalement différencie le mariage des autres contrats, c'est surtout son but : la procréation des enfants. En se mariant, les époux ont contracté l'obligation d'élever suivant leur condition sociale, les enfants qu'ils auraient ensem-

ble. Or, il semble qu'ils n'aient pas le droit de se dégager de cette obligation dont la dissolution du mariage leur rendra l'accomplissement plus difficile.

En se séparant, les époux oublient donc qu'ils ne sont pas les seuls intéressés; pour assurer leur bonheur personnel, ils trahissent leurs engagements vis-à-vis de leurs descendants, toujours innocents et dont ils font le malheur.

Que vont devenir, en effet, les enfants? Privés des douceurs du foyer paternel et des joies de la famille, servant de prétexte à rallumer des haines mal éteintes, ballotés d'un époux à l'autre, ou confiés aux soins d'un étranger, ils risqueront de laisser sombrer, au milieu des scandales et des ruines dont ils auront été les spectateurs attristés, le respect qu'ils doivent à leurs parents. La famille, suprême consolation contre les misères de la vie, ils ne la connaîtront pas, ou ne s'y rattacheront qu'avec tristesse.

Si nous faisons abstraction des arguments d'ordre religieux dont le législateur n'a pas à tenir compte, la loi civile, depuis sa sécularisation, n'ayant pas à sanctionner telle ou telle loi religieuse et devant se borner à ne contraindre aucune conscience, l'intérêt des enfants nous paraît résumer en lui, la plupart des critiques dirigées contre le divorce. Cet intérêt, en effet, représente une large part de l'intérêt social lui-même.

La famille est la base fondamentale de la société, elle est, a-t-on dit, dans une forme un peu emphatique, la pépinière de l'État. La société est intéressée à son maintien, parce que, d'une part, elle doit souhaiter l'augmentation du nombre de

ses membres, et la perspective du divorce ne paraît pas la favoriser ; parce que, d'autre part, elle a intérêt à ce que les jeunes générations reçoivent avec les soins matériels nécessaires au développement de leurs facultés physiques, une direction morale susceptible de réprimer leurs mauvais penchants comme de perfectionner leurs qualités, et rien ne vaut à cet égard, le concours simultané du père et de la mère.

Mais, si le divorce est éminemment défavorable aux enfants, il est cependant impossible de laisser subsister dans toute son étendue, un lien devenu intolérable aux époux. Quand la discorde règne d'une façon permanente entre deux conjoints, quand il est bien évident que tout espoir d'entente entre eux est désormais perdu, il faut porter remède à un état de choses préjudiciable à tous, et dont les enfants sont les premiers à souffrir. On a le choix entre le divorce et la séparation de corps, c'est-à-dire entre la rupture complète ou le simple relâchement du lien matrimonial. Nous n'irons pas jusqu'à dire, comme quelques-uns, que le divorce est préférable pour les enfants à la séparation de corps, mais leur sort, il faut bien le reconnaître, n'est guère meilleur dans un cas que dans l'autre, et à cet égard, beaucoup de critiques soulevées contre le divorce, peuvent se retourner contre la séparation. C'est surtout quand leurs deux auteurs se remarieront que le sort des enfants d'époux divorcés sera aggravé. Sans compter la répercussion de la nouvelle union sur leur bien-être matériel, il n'auront jamais dans aucun des nouveaux ménages, la même place qu'à l'ancien, et ils resteront souvent « sans foyer entre deux foyers ».

Le législateur avait donc pour devoir, en présence de cette objection grave qui lui était adressée, de se préoccuper sérieusement du sort des enfants, en réglant minutieusement les droits respectifs des parents après le divorce. L'incertitude sur un droit est la cause dominante des procès que l'état d'esprit des anciens époux l'un envers l'autre ne tendra pas à empêcher. De l'intervention de la justice, les enfants recevront toujours quelques éclaboussures.

Malgré cela, le législateur a laissé subsister des lacunes nombreuses. A peine possédons-nous un texte sur l'attribution de la garde, un autre sur la jouissance légale, et une disposition toute récente sur le consentement au mariage. Nous ne savons rien, ni sur l'étendue du droit de garde, ni sur les autres attributs de la puissance paternelle, aussi nulle matière n'est plus fertile en controverses. La jurisprudence hésitant à construire une théorie générale, flotte au gré des faits, sa tendance s'affirme de plus en plus de s'attribuer une mission de surveillance sur les enfants des époux divorcés. Rien n'est regrettable comme ces recours incessants au pouvoir judiciaire.

Nous diviserons notre sujet en trois parties. La première sera consacrée à l'étude du problème dans l'histoire. La seconde au droit actuel. Dans la troisième, nous rechercherons la solution donnée par quelques législations étrangères, soit pour le divorce, soit pour l'hypothèse voisine, la séparation de corps.

PREMIÈRE PARTIE

APERÇU HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN

La loi romaine consacra le divorce dès la plus haute antiquité.

Peu nous importe de savoir si certains mariages, tels que celui du flamine de Jupiter ou celui contracté avec *manus* étaient indissolubles à l'origine. Peu nous importe également de savoir, si le divorce autorisé par la loi, fut ignoré en fait jusqu'à la retentissante répudiation faite de sa femme par Sp. Carvilius Ruga. Il est certain, et cela nous suffit, que, peu pratiqué jusque vers le VI^e siècle de Rome, sans doute parce que les Romains avaient encore conservé leurs mœurs dans toute leur pureté primitive, ce mode de dissolution de l'union conjugale, devint peu après, au dire des

historiens et des satiristes, d'une pratique beaucoup trop courante.

Dès lors, on peut se demander ce que devenaient les enfants des époux ainsi séparés. Leur sort, qui, chez nous, a été invoqué comme un des arguments les plus puissants par les adversaires du divorce, a, au moins à l'origine, peu préoccupé les Romains. On le comprend aisément quand on connaît l'organisation de la famille romaine.

Mais, la famille primitive s'étant insensiblement transformée ; l'autorité du père sur ses enfants étant devenue moins absolue, ceux-ci ayant acquis une indépendance plus grande, et les liens du sang les rattachant à leur mère et à leur famille maternelle ayant fini par produire certains effets juridiques, des dispositions législatives sont intervenues touchant la situation des enfants dans le divorce.

Nous étudierons les modifications successives qui se sont produites depuis les origines jusqu'à Justinien.

A. — ANCIEN DROIT.

Jetons d'abord un rapide coup d'œil sur la famille romaine.

Elle repose tout entière sur l'idée de puissance, c'est la *patria potestas* qui lui sert de fondement. On peut être chef de famille dès l'âge le plus tendre, on peut l'être en dehors de toute union conjugale, seulement il y aura un *paterfamilias* sans *patria potestas* à moins que celui-ci ne se procure une descendance fictive sur laquelle il acquerra la puissance par le moyen de l'adoption. Si le mariage apparaît comme la source normale de la *patria potestas*, il n'en est pas la

seule, puisqu'à côté de lui figure l'adoption d'un usage très fréquent à Rome et que les adoptés ont des droits identiques à ceux des enfants nés en mariage. On ne tient compte en effet que de l'*agnatio*, parenté purement civile, unissant tous ceux qui ont été ou qui sont sous la puissance d'un même *paterfamilias*, qui parfois se joint à la parenté naturelle, à la *cognatio*, mais qui souvent aussi en est indépendante. Seule l'*agnatio* crée des liens de droit, la *cognatio* n'en produit aucun, tout au plus a-t-elle pour effet de faire naître certains empêchements au mariage. Dans un semblable système, c'est le père de famille seul qui gouverne la famille entière ; il exerce son autorité sur toutes les personnes placées sous sa *patria potestas*, sur ses enfants, ses petits-enfants, sa femme, les femmes de ses enfants, lorsque pour celles-ci, il y eu *conventio in manum*. Cette puissance dure jusqu'à l'émancipation des personnes qui y sont soumises ou jusqu'à la mort du chef de famille.

La femme, associée de son mari en vue de la procréation des enfants sur lesquels naît la *patria potestas*, n'a aucune part à ce pouvoir : subordonnée à son mari et non pas son égale, elle ne possède pas, même virtuellement, la plus petite parcelle d'autorité paternelle sur ses enfants, elle n'a aucun droit ni sur leurs personnes, ni sur leurs biens.

Considérons, en effet, les deux hypothèses qui pouvaient se présenter. Le mariage avait lieu *cum manu* ou au contraire *sine manu*. Dans le premier cas, la femme quittait son ancienne famille pour entrer entièrement dans celle de son mari : elle tombait le plus ordinairement sous sa puis-

sance ou quelquefois sous celle du père du mari, elle était alors réputée la fille de son mari (*loco filix*) et la sœur de ses enfants (*loco sororis*) (1). Dans le second cas, la femme restait dans sa famille d'origine, demeurant en droit étrangère à son mari comme à ses enfants, n'ayant même plus avec ceux-ci cette égalité de droits, qui la faisait au même titre qu'eux, l'héritière de son conjoint, son *heres sua*.

Telle était, sommairement résumée, la situation de la femme vis-à-vis de ses enfants dans la famille romaine primitive.

Ce léger aperçu suffit à faire comprendre pourquoi les Romains n'avaient pas à envisager le sort des enfants après le divorce. Tout naturellement, après la rupture du lien matrimonial par ce mode de dissolution, aucune modification n'était apportée à la situation de ces derniers. Ils restaient comme durant le mariage, sous la puissance de leur aïeul ou de leur père à laquelle ils ne pouvaient échapper que par la volonté seule du *paterfamilias*. Ils conservaient, comme auparavant, dans leur famille paternelle leurs biens d'agnation et de gentilité.

Ne possédant pendant le mariage aucune parcelle d'autorité sur ses enfants, comment la mère aurait-elle pu en acquérir par le divorce? La loi conférant au père seul des pouvoirs domestiques, n'avait pas à concilier des droits opposés. Logiquement, le *paterfamilias* devait garder après le divorce tous ses droits de puissance sur la personne et sur

(1) Gaïus, 3-14.

les biens de ses enfants. Le sort de ceux-ci, n'était ni pire ni meilleur qu'auparavant.

Une seule question pouvait naître et faire difficulté, c'était lorsque la femme répudiée venait à accoucher après la dissolution du mariage. Quel allait être l'état de l'enfant mis au monde par elle? serait-il légitime ou naturel? Il semble que là encore ce soit la toute-puissance du mari qui en ait décidé.

La maternité est un fait palpable, susceptible de preuve directe et positive, tandis que la paternité, enveloppée par la nature d'un voile impénétrable ne saurait être prouvée qu'à l'aide de présomptions.

Le droit romain classique, avait déterminé les limites extrêmes de la durée légale d'une grossesse. Il avait posé cette règle qu'une femme ne pouvait porter son enfant dans son sein moins de 180 jours pleins ni plus de 300 jours (D. I, 5 *de statu hom.*, 12 = 38, 16 *de suis et leg. hered.*, 3, § 12 et 13). La période légale pendant laquelle pouvait se placer la conception, ainsi fixée par la différence entre les deux termes extrêmes de la gestation, on avait admis ce principe : que tout enfant conçu pendant le mariage, était réputé l'être des œuvres du mari : *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Mais il était possible que cette présomption comme toutes les autres, se trouvât en fait contraire à la vérité. Un doute sérieux sur sa réalité prenait naissance notamment en cas de divorce, surtout lorsqu'il avait lieu pour cause d'infidélité de la femme, et qu'à l'adultère venaient se joindre d'autres circonstances, telles que l'ab-

sence ou la maladie du mari pendant la période légale de la conception. Ceci ne veut pas dire que le mari était toujours autorisé à faire tomber la présomption, à désavouer l'enfant né de sa femme ; il devait remplir certaines conditions, et il y avait un juge entre les parties adverses.

Les principes que nous venons d'exposer, étaient ceux de l'époque classique. A ce moment, le désaveu du mari était soumis à des formes particulières, mais rien ne permet d'affirmer qu'il en ait été ainsi à l'origine. Nous inclinons au contraire à penser que les règles sur la durée des grossesses, sont une création des juriconsultes et qu'elles ne figuraient pas dans la loi des XII Tables. La toute-puissance du mari aurait alors décidé de la légitimité de l'enfant.

En effet, d'après Aulu-Gelle (III, 16, §§ 12 et 23) ce seraient les décevirs qui auraient fixé à trois cents jours, la plus longue durée de la gestation, et malgré cela il y aurait eu des décisions concrètes admettant des grossesses plus longues, ce qui semblerait impossible, s'il y avait eu un texte formel. D'autre part, l'action de *partu agnoscendo* qui servait à trancher la question de paternité lorsqu'elle était contestée est, au dire de Justinien (Inst. 4, 6, § 13), d'origine prétorienne, et on ne trouve nulle part trace d'une action qui aurait pu la précéder. D'ailleurs, la présomption *pater is est* eût-elle existé, nous croirions encore que le père pouvait la faire tomber à son gré. Ce serait en tout cas, conforme aux pouvoirs absolus de juridiction dont disposait le père de famille à l'égard de ses enfants, au *jus vitæ necisque* et surtout à l'acte symbolique et religieux accompli par le *paterfami-*

lias lors de la naissance de l'enfant et qui devait avoir une signification juridique. On déposait aux pieds du père, l'enfant nouveau-né, et alors, ou bien il l'enlevait de terre et le prenait dans ses bras, proclamant par là qu'il reconnaissait sa paternité, qu'il entendait élever cet enfant et lui conférer son nom avec tous les droits y attachés, ou bien, il le laissait à terre, le reniant ainsi pour son fils, lui refusant l'entrée de la famille et l'abandonnant aux hasards périlleux de l'exposition.

Si donc, comme nous le pensons, la légitimité de l'enfant était, durant le mariage, tranchée par l'arbitraire du mari, à plus forte raison devait-il en être de même après le divorce pour l'enfant que la femme mettait au monde.

B. — DE L'ÉPOQUE CLASSIQUE A JUSTINIEN.

Avec le droit classique, la situation change. Peu à peu, la famille primitive se transforme, la rigueur du droit va en s'atténuant. On commence à reconnaître que le lien naturel qui rattache la mère à l'enfant doit produire certains effets : c'est l'époque où vont être rendus les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien. Enfin, à côté du droit absolu du père de famille, et comme pour lui faire échec, on semble admettre de plus en plus le droit de l'enfant : on limite le droit d'exposition et d'abandon du père, on restreint le *jus vitæ necisque* et le droit de vente, on permet à l'enfant d'avoir un pécule.

Ne laissant plus l'enfant aussi entièrement soumis au

pouvoir arbitraire de son père pendant le mariage, on devait, en présence de la multiplication des divorces, chercher à le protéger après la dissolution de l'union conjugale.

Occupons-nous d'abord de l'état de l'enfant né après le divorce. A l'époque classique, en vertu des règles que nous avons exposées, l'enfant né au plus tard le trois cent unième jour après celui de la dissolution du mariage était réputé avoir pour père le mari. Mais, par un étrange manque de logique, le droit romain qui interdisait à la femme veuve de se remarier avant l'expiration d'un délai de dix mois depuis la mort du mari, permettait à la femme divorcée de contracter une nouvelle union aussitôt après la dissolution de la première. Il pouvait donc en résulter une certaine incertitude dans la filiation, au cas où l'enfant était né au moins le cent quatre-vingt unième jour après celui du second mariage, et au plus tard le trois cent unième jour après celui de la dissolution du premier. Peut-être était-ce pour empêcher ce conflit de prendre naissance, que des mesures, d'abord exclusivement spéciales au divorce, furent prises par le sénatus-consulte Plancien et un rescrit de Marc-Aurèle à l'égard de la femme qui se déclarait enceinte ou au contraire qui déclarait ne pas l'être.

Dans le premier cas, il y avait supposition de part. La femme devait alors, d'après le sénatus-consulte Plancien, notifier sa grossesse dans un délai de trente jours depuis le divorce, au mari ou au père du mari, si celui-ci était en puissance, ou à leur domicile. Sur cette dénonciation de la femme, deux partis s'offraient au mari. En gardant le silence

il avouait sa connaissance de la grossesse de la femme, et la présomption *pater is est* ... produisait son effet ordinaire. Il pouvait au contraire, par une contre-dénonciation adressée à la femme, protester contre la paternité qu'on prétendait lui imputer et envoyer des gardiens *ad observandum inspiciendumque ventrem*. Si la femme venait effectivement à accoucher, le mari était encore réputé le père de l'enfant.

Supposons maintenant que la femme ne fasse pas dans les délais la dénonciation prescrite, ou qu'ayant accompli cette formalité elle refuse de recevoir les gardiens envoyés par le mari. Celui-ci restera pleinement libre de nier sa paternité.

Cependant, dans toutes les hypothèses, l'état de l'enfant n'était réglé en quelque sorte que provisoirement, le père conservait encore le droit de dénier sa paternité présumée, comme le fils pouvait prouver sa qualité d'*heres suus* de l'ancien mari de sa mère, lorsqu'elle lui était contestée, en intentant le *prejudicium de partu agnoscendo*. Mais pour réussir, le demandeur devait faire la preuve lui incombant, preuve difficile et devant laquelle il reculait plus d'une fois (Paul, S. II, 24, §§ 5 et 6. — D. 25, 3, 4)

Nous avons dit qu'en second lieu, il y avait sujet de craindre que la femme ne dissimulât sa grossesse et ne se rendît coupable d'une suppression de part. Afin d'empêcher cet autre crime, un rescrit de Marc-Aurèle autorisait le mari à prendre certaines précautions un peu brutales et choquantes, mais qui l'exposaient à certaines peines, s'il faisait à tort cette injure à sa femme.

Le préteur sur la demande du mari désignait cinq sages-

femmes chargées d'examiner la femme et si, à la majorité, elles diagnostiquaient une grossesse, on lui donnait des gardiens. De plus, la femme devait aller accoucher chez une matrone de bonne réputation où l'accouchement était étroitement surveillé ainsi que nous le rapporte Ulpien (D. 25, 4, 1).

Toutes ces mesures prises à l'époque classique contre les falsifications possibles de la filiation, intéressaient incontestablement le mari, mais elles avaient aussi un grand intérêt pour l'enfant, puisqu'elles tendaient à lui assurer un état conforme à la réalité.

Le droit classique ne s'est pas borné là ; plusieurs autres dispositions ont consacré le droit de la femme divorcée sur ses enfants, en lui permettant d'en obtenir la garde dans certains cas.

C'est ainsi qu'un décret d'Antonin le Pieux, confirmé par des rescrits de Marc-Aurèle et de Septime-Sévère, accorda à la mère le droit d'emmener ses enfants avec elle afin de pourvoir à leur éducation, mais le père de famille gardait tous les autres attributs de la puissance paternelle qui lui étaient reconnus par les lois. Ce droit de garde, en effet, nous dit Ulpien, était attribué à la femme *sine diminutione patriæ potestatis*, de plus, il ne lui était conféré qu'à titre de faveur, *ex justissima causa*, lorsqu'elle le méritait à raison de sa conduite et que le père de son côté s'était rendu indigne de conserver le pouvoir d'éducation. Mais l'intérêt des enfants était aussi en jeu, car on supposait qu'ils devaient recevoir de meilleurs exemples de l'époux innocent que de l'époux coupable (D. 43, 30, 1. 1, § 3, 3, § 5). Le père avait néanmoins

toujours le droit d'intenter l'interdit *de liberis exhibendis*, qui lui servait habituellement à réclamer ses enfants lorsqu'ils étaient possédés par une personne étrangère, mais la mère lui répondait par une exception accordée seulement *cognita causa et ob nequitiam patris*.

En 293, les empereurs Dioclétien et Maximien, dans une constitution, donnèrent au juge le pouvoir d'attribuer la garde des enfants à celui des deux époux qu'il jugerait à propos : *competens tamen judex estimabit, utrum apud patrem an apud matrem, matrimonio separato filii morari ac nutrirī debeant* (C. 5, 24, l. unica). Le juge était donc investi d'un pouvoir discrétionnaire ; il confiait les enfants en se préoccupant surtout de leur intérêt, soit au père soit à la mère.

Le droit de succession réciproque entre la mère et l'enfant, établi à la fin du II^e siècle de l'ère chrétienne par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, survivait rationnellement au mariage, qui du reste, n'en était pas la cause principale. De même, plus tard, quand Justinien eut fait entrer davantage l'enfant dans sa famille maternelle, les effets de la cognation subsistaient après le divorce des époux.

A une certaine époque, le mari s'était vu contraint de restituer à la femme la dot qu'il en avait reçue, afin de permettre à celle-ci de trouver plus facilement un nouvel époux, mais l'usage s'était établi d'autoriser le mari à exercer sur la dot, dans plusieurs cas et pour des causes diverses, certaines rétentions. Notamment, lorsque le divorce était imputable à la femme soit qu'elle ait répudié son mari sans motifs, soit qu'elle ait rendu le divorce nécessaire par sa faute, le mari

pouvait, en cas d'existence d'enfants du mariage, retenir un sixième de la dot par enfant, sans que le montant total puisse dépasser trois sixièmes (Ulpien, VI, § 10. Frag. Vat., § 121).

Ces rétentions qui étaient de véritables peines, profitaient en partie aux enfants, puisqu'ils en retrouvaient la valeur dans la succession paternelle, tandis qu'à l'époque où ils ne succédaient pas à leur mère, ils se trouvaient frustrés par la restitution de la dot qui diminuait d'autant le patrimoine du *paterfamilias*.

C. — DROIT DE JUSTINIEN.

Justinien, se préoccupa davantage encore de la situation des enfants des époux divorcés. Il ne fit ainsi que continuer l'œuvre de ses prédécesseurs, qui, inspirés par le christianisme naissant, s'étaient inquiétés du danger que le nombre croissant des divorces faisait courir à la famille, et avaient tenté de le restreindre. La famille du reste, s'était profondément modifiée : l'absolutisme du *paterfamilias* avait fait place à une autorité plus tempérée, tandis que les droits de la mère et ceux de l'enfant allaient toujours en s'accroissant. Il fallait donc après le divorce essayer de concilier ces intérêts divers et contradictoires.

Nous ne reviendrons pas sur les questions qui pouvaient s'élever relativement à la légitimité. Nous nous sommes étendu plus haut sur ce sujet; nous signalerons seulement l'extension à la femme divorcée du délai de viduité imposé à la femme veuve, ce qui empêchait la confusion de part possible.

En ce qui concerne le droit de garde. Justinien posa des règles nouvelles. Le pouvoir discrétionnaire que le juge tenait des empereurs Dioclétien et Maximien, disparut. Les enfants devaient désormais être remis à celui des deux époux dont la conduite avait été exempte de tout reproche, en un mot à l'époux innocent. Était-ce la mère ? Les enfants demeuraient avec elle, mais le père était obligé de fournir la somme nécessaire à leur entretien. Cependant, si le père était dans l'indigence, et que la femme fût riche, c'était à elle qu'incombait la charge d'entretenir les enfants. Enfin, au cas de second mariage, la femme perdait la garde des enfants (Nov. 117, ch. 7).

L'hypothèse où les deux époux étaient coupables, fut également prévue. L'empereur décida que, dans ce cas, si les enfants étaient mineurs, ils seraient, sur la désignation du juge, confiés à une tierce-personne (*dispensator*) qui prendrait soin d'eux. Le père et la mère devaient néanmoins contribuer l'un et l'autre aux frais d'éducation : *tunc utriusque parentis substantiam filiis applicari* (Nov. 117, ch. 10).

Justinien confirma encore des mesures spéciales prescrites par Théodose et Valentinien, en 449, qui avaient modifié les règles de l'ancienne *retentio propter liberos*. Il les compléta et en édicta lui-même d'autres. Toutes ces mesures constituaient à la fois, des pénalités contre l'époux coupable et des garanties à l'égard des enfants.

Si le divorce avait lieu par la faute de la femme, le mari gardait la dot et la donation *propter nuptias*, et il avait droit, en outre, si la cause du divorce était l'adultère, à une

portion des biens personnels de la femme égale au tiers de la dot (Nov. 117, ch. 8). Était-ce au contraire, le mari qui avait rendu le divorce nécessaire, la femme en reprenant sa dot pouvait exiger la donation *propter nuptias* qui lui avait été faite, et, de plus, une partie des biens du mari équivalente au tiers de la donation *propter nuptias*, si le mari était coupable d'adultère ou avait répudié sa femme sans cause (Nov. 117, ch. 9 et 13).

Mais les biens que l'époux innocent acquérait à titre de peine, étaient inaliénables, la nue-propriété en devait être conservée aux enfants, quand il en existait.

Quand la femme répudiait son mari en dehors des justes causes prévues par la loi, elle était enfermée dans un monastère, elle perdait sa dot, et sa succession était réputée ouverte, les deux tiers de ses biens étaient attribués aux enfants, l'autre tiers au monastère (Nov. 117, ch. 13 et Nov. 134, ch. 10).

Enfin, Justinien punissait encore les époux qui, ayant divorcé par consentement mutuel pour cause de chasteté, contractaient une nouvelle union ou vivaient dans la débauche. Il attribuait aux enfants du mariage dissous, la donation *propter nuptias*, la dot, et tous les biens des coupables.

Toutes ces dispositions ayant un caractère pénal à l'égard des époux, profitaient ainsi aux enfants qui y trouvaient comme la réparation du préjudice que le divorce leur causait.

CHAPITRE II

LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET LE CODE CIVIL.

Le Concile de Trente mit fin dans son canon septième, à la controverse qui s'était élevée entre les théologiens eux-mêmes, au sujet du divorce, en proclamant d'une façon absolue l'indissolubilité du mariage. Dès lors, un seul remède à leur discorde était offert aux époux malheureux : la séparation de corps. Les jurisconsultes ne nous renseignent pas sur ce que devenaient les enfants après la séparation de leurs père et mère. Pothier n'en dit rien. Dans la pratique, il semble que leur sort était abandonné aux juges, qui en général les confiaient à la mère quand la séparation avait été prononcée contre le mari.

La sécularisation de la loi civile, et en particulier de la matière du mariage, décrétée par l'Assemblée constituante amena la suppression de la séparation de corps et le rétablissement du divorce, demandé plus par les philosophes que par la masse du peuple. Ce fut l'œuvre de la loi du 20 septembre 1792. Mais, conçue comme quelques lois d'alors, dans une pensée de violente réaction contre les institutions

du passé, cette loi portait atteinte au principe même de la famille, par un développement exagéré de la liberté individuelle.

Le rapporteur de la loi, après avoir déclaré à l'Assemblée Législative « que le mariage n'était point un contrat de pur droit naturel qui pût être abandonné aux caprices des conjoints, que sa conservation n'intéressait pas seulement les époux, mais encore et les enfants qui en sont nés ou en doivent naître, et la société entière », démentait lui-même ses paroles, en proposant de rendre la rupture du lien matrimonial presque aussi facile que sa formation et de permettre à l'un des époux de faire cesser la vie commune par son seul caprice, en alléguant une simple incompatibilité d'humeur ⁽¹⁾.

Cependant, il faut savoir rendre à la loi de 1792, cette justice, qu'elle s'était beaucoup préoccupée du sort des enfants, « ces êtres innocents des fautes de leurs pères, avait dit le rapporteur, qui ne peuvent souffrir qu'injustement des divisions ou de l'instabilité des affections des auteurs de leurs jours ⁽²⁾. »

La pensée du législateur, telle qu'elle paraît se dégager de la loi et des paroles du président du Comité de législation de l'Assemblée législative, était que les enfants ne fussent pas confiés à l'époux coupable. Mais le plus souvent, c'était à une assemblée de famille, mieux qualifiée qu'un tribunal pour trancher cette question, qu'il appartenait de décider du sort des enfants.

(1) *Moniteur universel* du 8 septembre 1792, p. 1072.

(2) *Moniteur*, précité.

Il fallait distinguer à cet égard plusieurs hypothèses, suivant la cause du divorce. Avait-il lieu par consentement mutuel ou pour simple incompatibilité d'humeur ? Dans l'impossibilité où l'on était de savoir à qui incombait la responsabilité de la rupture, on confiait à la mère tous les enfants quel que fût leur sexe, âgés de moins de sept ans ; au delà de cet âge, les garçons étaient remis au père. Néanmoins les époux demeuraient libres de répartir autrement entre eux la garde des enfants (§ IV, art. 1), mais leurs conventions sur ce point pouvaient toujours être modifiées toutes les fois que l'intérêt des enfants le réclamait.

Le divorce était-il au contraire prononcé pour une des nombreuses causes déterminées par la loi, le sort des enfants était réglé par une assemblée de famille (art. 2).

Enfin, il restait un dernier cas : c'était celui où une séparation de corps antérieure à la loi était convertie en divorce. Aucune modification n'était apportée à la condition des enfants, si ceux à qui ils avaient été confiés, les avaient en leur garde et confiance en vertu d'un jugement, d'une transaction ou depuis plus d'une année, sinon, c'était encore une assemblée de famille qui statuait sur leur sort.

Si le plus souvent, les enfants étaient remis au père ou à la mère, rien ne s'opposait à ce qu'ils fussent confiés à la garde d'une tierce-personne, lorsque ni l'un ni l'autre des époux n'inspirait confiance à l'assemblée de famille (arg. art. 3 et 5).

Au cas où l'époux auquel la garde des enfants avait été conférée venait à se remarier, un conseil de famille devait

décider si cette garde pouvait lui être conservée (art. 4), mais cette disposition excellente, analogue à celle de l'article 395 du Code civil, concernant la mère tutrice qui se remarie, était peut-être bien illusoire, dépourvue qu'elle était de sanction.

Le divorce ne mettait pas fin à l'obligation imposée aux époux de nourrir et entretenir leurs enfants : quelle que fût la personne qui prit soin de ceux-ci, les parents demeuraient tenus de contribuer aux frais d'éducation et d'entretien, en proportion des facultés de chacun d'eux (art. 5). Comme conséquence, ils conservaient le droit de surveiller cette éducation et de signaler aux arbitres de famille, les abus qu'ils croyaient être commis. De même, les enfants conservaient après le divorce tous les avantages qu'ils tenaient des conventions matrimoniales de leurs auteurs ou de la loi, notamment leurs droits de succession, mais ils ne recueillaient ces avantages que comme ils l'auraient fait, si leurs père et mère n'avaient pas divorcé (art. 6 et 7).

Des garanties spéciales étaient prises contre l'époux divorcé qui se remariait pour éviter qu'il ne fit à son nouveau conjoint, certains avantages au préjudice de ses enfants du premier lit. On l'assimilait à cet égard à un veuf (art. 8), et à cette époque, c'était encore l'édit de 1560 sur les secondes noces, qui régissait la matière.

Enfin, toutes les contestations qui pouvaient s'élever entre les parents au sujet des enfants, étaient portées devant les arbitres de famille dont les décisions susceptibles d'appel devant le tribunal de district, étaient exécutoires par provi-

sion (art. 9). Ces arbitres de famille avaient été créés par le titre X du décret des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, pour trancher les différends entre parents, il était donc naturel de leur renvoyer la connaissance de ces litiges.

Telles étaient les dispositions de la loi de 1792, relatives à notre sujet.

Le Code civil, en restaurant le divorce sur de nouvelles bases, s'est aussi occupé des enfants dans quelques dispositions éparses, dont plusieurs, après une éclipse de près de soixante-dix ans, furent remises en vigueur par la loi du 27 juillet 1884. Des lois postérieures sont venues en modifier ou en compléter quelques-unes, nous aurons à les étudier toutes en détail, il n'est donc pas nécessaire de les analyser ici. Nous rappellerons seulement que le Code civil avait admis le divorce par consentement mutuel qui fut en vigueur de 1804 à 1816, et ne reparut pas en 1884. Dans ce cas, les époux devaient rédiger une convention écrite pour décider à qui les enfants seraient confiés, soit pendant la durée des épreuves, soit après le divorce prononcé.

L'article 305 portait en outre : « *Dans le cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux sera acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés de leur mariage ; mais les père et mère conserveront néanmoins la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité de leurs enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à leur fortune et à leur état ; le tout sans préjudice des autres avantages qui pourraient*

avoir été assurés auxdits enfants par les conventions matrimoniales de leurs père et mère. »

Peut-être fut-ce une des raisons pour lesquelles ce mode de divorce demeura en fait presque ignoré.

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION ACTUELLE.

Nous nous proposons, dans cette seconde partie, d'examiner comment notre droit actuel a envisagé les conséquences soit de la demande en divorce, soit du divorce lui-même dans les rapports respectifs des parents avec leurs enfants.

Bien entendu, nous ne nous occuperons que des enfants issus du mariage dont la dissolution est en jeu, autrement dit, des enfants communs. Quant à ceux que l'un des époux peut avoir d'un autre lit, leur sort ne fait pas difficulté. Le divorce ne prive leur auteur d'aucun de ses droits de puissance paternelle auxquels le second conjoint n'a jamais participé.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ÉTAT DES ENFANTS NÉS PENDANT L'INSTANCE ET APRÈS LA PRONONCIATION DU DIVORCE.

Avant d'aborder l'étude des transformations possibles de la puissance paternelle, il convient de déterminer quels sont les enfants qui appartiennent au mariage et auxquels s'appliqueront les règles que nous aurons à établir. C'est là l'objet de notre chapitre.

SECTION I

De l'action en désaveu pouvant appartenir au mari.

Le Code civil au titre « De la Paternité et de la filiation », consacre cette double règle :

1° Que l'enfant né au plus tôt le cent quatre-vingt unième jour après celui du mariage, et au plus tard le trois centième après celui de la dissolution de l'union conjugale, est réputé conçu pendant le mariage ;

2° Que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le

mari, c'est la reproduction de l'adage romain, *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

La période légale de la conception se trouvant ainsi fixée à cent vingt et un jours, par la détermination des durées extrêmes de la gestation, toutes les fois qu'un moment quelconque de cette période se placera durant le mariage, la filiation de l'enfant se trouvera légalement établie par rapport à son père, et elle lui conférera tous les bénéfices de la légitimité.

Mais cette paternité de l'enfant né de sa femme, attribuée par la loi au mari, peut être mensongère, la présomption légale peut se trouver en contradiction avec les faits. Il y a des cas où, le mariage quoique existant toujours, la cohabitation entre les époux devient moins probable, où même, elle n'est plus pour eux une obligation, et constitue presque un fait anormal. Aussi la loi, se départissant de sa rigueur dans certaines hypothèses nettement prévues, autorise-t-elle le mari à protester contre la paternité qui lui est imposée, à désavouer pour son fils, l'enfant qu'il croit n'être pas issu de ses œuvres.

Les cas dans lesquels le mari est autorisé à faire tomber la présomption *pater is est*, sont limitativement indiqués au Code qui en précise les conditions. Un seul doit nous retenir ici, c'est celui prévu par l'alinéa 2 de l'article 313, qui s'exprime ainsi : « *En cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-*

vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu n'est pas admise, s'il y a eu réunion de fait entre les époux. » Cette disposition, d'abord spéciale à la séparation de corps, puis étendue au divorce lors du rétablissement de celui-ci, est dans son principe, l'œuvre d'une loi du 6 décembre 1850, due à l'initiative de M. Demante.

Cette loi fut votée pour répondre aux critiques parfaitement justifiées des partisans du divorce. Auparavant, en effet, il était facile à la femme séparée de corps et vivant dans l'inconduite, d'infliger au mari la paternité d'enfants, fruits d'un adultère. Pour que le mari pût intenter une action en désaveu et empêcher l'introduction de bâtards dans sa famille, la preuve de l'adultère ne suffisait pas, il fallait que la mère lui eût en outre recélé la naissance de l'enfant : ainsi le voulait l'alinéa 1^{er} de l'article 313. Or, la femme se faisait un jeu de rendre impossible le désaveu, en révélant au mari sa grossesse et son accouchement, il lui arrivait même quelquefois d'employer à cette fin, et pour plus de sûreté, le ministère de l'huissier.

Depuis cette sage réforme, ce scandale n'est plus possible. Aujourd'hui, dans le cas, non-seulement de séparation prononcée, mais même de demande soit de séparation de corps, soit de divorce, la présomption de paternité tout en subsistant, perd une grande partie de sa force, si aucun moment de la période légale de la conception telle qu'elle est établie par le législateur, ne peut se placer dans tout le temps qui a couru depuis la décision judiciaire autorisant la femme à avoir un

domicile séparé, jusqu'au jour du rejet définitif de la demande ou de la réconciliation. L'enfant dont la femme accouchera après le trois centième jour depuis cette décision, et avant le cent quatre-vingtième jour depuis le rejet de la demande ou depuis la réconciliation, pourra être désavoué par le mari.

A quelles conditions, le mari réussira-t-il dans son désaveu? Il lui suffira dès lors que la conception aura eu lieu pendant la période suspecte, de faire en justice une simple déclaration de non-paternité pour faire tomber la présomption qui protège l'enfant. Il n'aura aucune preuve à fournir, sauf le droit pour ses contradicteurs de lui opposer certaines fins de non-recevoir. Le mari n'a pas à démontrer sa non-paternité, c'est au contraire à ses adversaires à prouver qu'il est bien le père de l'enfant. Il y a comme un renversement de l'adage *probatio incumbit actori*. C'est ce que les auteurs expriment en disant que le désaveu est péremptoire.

A l'origine de la loi de 1850, il s'était élevé à ce sujet une controverse, maintenant à peu près unanimement tranchée dans ce sens par la doctrine et la jurisprudence. La raison en était que la proposition de M. Demante établissait une corrélation entre cette cause de désaveu et celle prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article 313. Or, dans ce dernier cas, le mari est tenu de donner à l'appui de son désaveu des justifications de sa non-paternité, il ne lui suffit pas de l'affirmer pour qu'elle soit admise. L'article 313 est en effet, conçu en ces termes : « *Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant ; il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée ;*

auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père ». La disposition additionnelle proposée au vote de l'Assemblée nationale, était ainsi rédigée dans sa forme primitive : « Le même droit appartiendra au mari, indépendamment du recel de la naissance, si les époux sont séparés de corps, ou même s'il y a seulement instance en séparation, pourvu que l'enfant soit né trois cents jours après l'ordonnance du président rendue aux termes de l'article 378 du Code de procédure civile, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. »

Chargé du rapport, M. Demante avait expliqué « qu'il n'était pas question d'attribuer au simple désaveu un effet péremptoire, que la présomption légale ne devait pas tomber devant une simple dénégation de l'adversaire, mais qu'il convenait ici parce que le commerce des époux était moins probable, d'autoriser le mari à faire la preuve contraire par tous les moyens possibles. » Il résultait donc bien de cette explication, non moins que du texte lui-même, que le mari aurait eu deux preuves à faire : la preuve de la naissance dans la période illégale, et la preuve des faits propres à justifier qu'il n'était pas le père.

La proposition fut votée telle quelle en première et en seconde lectures, mais à la troisième lecture, sur la proposition de MM. de Vatimesnil et Valette, on adopta l'amendement suivant : « L'action en désaveu ne sera pas admise, s'il y a eu réunion de fait entre les époux. » En conséquence, la loi fut promulguée dans la teneur suivante : « En cas de

séparation de corps prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'article 878 du Code de procédure civile, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise, s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

Le législateur, en apportant ce changement à la proposition, en avait-il modifié le sens? Rien dans la discussion ne laissait pénétrer sa pensée sur ce point, de là des difficultés d'interprétation, et deux décisions en sens contraire : l'une de la cour d'Amiens du 30 juin 1853 (S. 54. 2. 81), l'autre de la cour de Paris, du 18 février 1854 (S. 54. 2. 85). Pourtant, le texte semblait suffisamment clair par lui-même, il paraissait bien que la rédaction nouvelle en avait modifié le sens, et que, si la réforme avait été néanmoins introduite dans l'article 313, c'était pour ne pas modifier la physionomie du code, et non pour établir un rapport entre l'alinéa 1^{er} de cet article et la disposition de la loi de 1850.

En effet, à quoi aurait servi l'amendement de MM. de Vatimesnil et Valette, si le mari avait été obligé de justifier de tous les faits propres à démontrer sa non-paternité? la preuve contraire dans ce cas n'était-elle pas de droit? Est-ce que dans le cas de l'article 312 qui permet au mari d'intenter une action en désaveu lorsqu'il a été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme pendant toute la période légale de la conception, on ne peut pas faire contre lui la preuve d'un rapprochement, par laquelle son action tombera

dans le vide? L'amendement aurait donc été tout au moins inutile, s'il n'avait pas eu une autre signification (Coin-De-lisle, *Rev. critique*, 1855, t. VI, p. 212. — Quénault, *Rev. critique*, 1857, t. XI, p. 308. — Hérold, *Rev. pratique*, 1859, t. VII, p. 310). D'ailleurs, par la suite, les témoignages de ceux qui avaient concouru le plus directement à l'élaboration de la loi, de M. Demante⁽¹⁾, et de M. Valette⁽²⁾, ne laissèrent plus subsister aucun doute dans l'esprit de la plupart des interprètes sur l'intention formelle du législateur.

En 1884 et en 1886, lorsqu'on mit la loi de 1850 en harmonie avec la législation sur le divorce, on n'a pas entendu modifier le fond de la loi. M. de Marcère avait même demandé la consécration explicite de la doctrine généralement admise afin de faire cesser toute discussion à cet égard, mais la proposition votée par la chambre fut supprimée par le Sénat à la suite de remaniements qui ne touchaient en rien au principe en question.

Il est donc certain aujourd'hui, que le mari désavouant dans l'hypothèse d'une demande en divorce ou en séparation, n'a d'autre justification à fournir que celle de la naissance de l'enfant dans la période illégale. Cela lui sera facile puisqu'il s'agira d'un simple calcul à effectuer. Il appartiendra alors à ses adversaires, à la mère intéressée à démontrer son innocence, au tuteur *ad hoc* représentant l'enfant conformément à l'article 318, à prouver l'existence d'une réunion de

(1) *Cours analytique*, t. II, n° 40 bis, I.

(2) *Lettre à M. Arbey* (S. 58. 2. 689).

fait entre les époux, et si cette preuve est rapportée, la présomption légale continuera à produire tous ses effets.

Toutefois, un rapprochement quelconque ne suffirait pas pour constituer une fin de non-recevoir contre l'action du mari, le rapprochement doit avoir eu lieu dans des conditions telles que la cohabitation entre les époux ait été possible, une simple rencontre dans une étude d'avoué par exemple, ou en présence de témoins ne constituerait pas une fin de non-recevoir valable (Cass. req., 20 juin 1892, D. 92. 1. 477). Il faut que la réunion se soit en outre placée pendant l'époque assignée par la loi pour la conception. Cette condition ferait défaut, si l'enfant était né moins de cent quatre-vingts jours ou plus de trois cents jours depuis la réunion. Il est nécessaire enfin que le rapprochement ait eu lieu avant le divorce, car quand le mariage est dissous, la règle *pater is est* ne s'applique plus, et l'enfant que deux époux divorcés auraient ensemble après le divorce, naîtrait illégitime.

Mais, si le désaveu du mari est péremptoire, sauf la preuve contraire, comme nous venons de le voir, ce serait néanmoins un tort d'adopter le langage de certains arrêts qui disent, que, dans le cas de l'article 313, alinéa 2, la présomption de paternité cesse de plein droit (Montpellier, 21 juillet 1886, S. 88. 2. 100 ; Lyon, 3 juillet 1890, D. 91. 2. 99). Le mariage existant, tant qu'une décision judiciaire ne l'a pas anéanti, la présomption légale continue à recevoir son application, mais elle devient plus fragile quand les époux ont été dispensés de l'obligation de cohabiter ensemble. D'ailleurs, le nom même de désaveu donné à cette action, indique suffisamment le main-

tien de la présomption, sans quoi ce serait l'action en contestation de légitimité dont les règles et les conséquences sont toutes différentes, qu'on devrait tenter.

Une réunion de fait entre les époux pendant le temps de la conception, n'est pas la seule fin de non-recevoir susceptible d'être opposée au mari désavouant. Il en est d'autres communes à l'hypothèse qui nous occupe et aux divers cas de désaveu prévus par le code. D'abord le mari serait débouté de sa demande, si l'enfant était né non-viable (art. 314-3°). Un semblable enfant est assimilé par la loi à un enfant mort-né, il n'a jamais été *in rerum natura*, n'ayant jamais constitué une personne, il n'a pu acquérir ni transmettre aucun droit, par suite, il n'a pu porter aucun préjudice au mari, et permettre un désaveu aurait été favoriser un scandale inutile.

En second lieu, le mari serait encore considéré irrévocablement comme le père de l'enfant, si on réussissait à prouver contre lui, qu'il en a reconnu ou accepté la paternité, expressément ou tacitement. Expressément, soit en assistant à l'acte de naissance et en y apposant sa signature (arg., art. 314-2°), soit en accomplissant tout autre acte qui démontrerait une volonté certaine. Tacitement, en laissant passer les délais indiqués par l'article 316, sans faire sa déclaration de non-paternité. Cette question des délais soulève quelques difficultés qui ont donné lieu à controverse. En principe, le mari qui veut tenter une action en désaveu, jouit de délais forts courts : une question aussi importante que celle qui touche à l'état des personnes, ne doit pas rester

longtemps en suspens. D'après l'article 316, le mari a pour faire sa réclamation un délai d'un mois, s'il se trouve sur les lieux lors de la naissance de l'enfant ; de deux mois après son retour, si à la même époque il est absent ; de deux mois depuis la découverte de la fraude, si on lui a caché la naissance de l'enfant.

Il peut sembler, en s'en tenant strictement au texte de la loi, que, dans le cas d'instance en divorce ou en séparation de corps, le père n'aura qu'un délai d'un mois pour dénier sa paternité, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant et si d'ailleurs on n'a rien fait pour lui cacher cet événement. On a soutenu à cet effet que la loi de 1850, en prévoyant un nouveau cas de désaveu n'avait rien changé aux délais dans lesquels il doit être formé. Mais la jurisprudence, élargissant le texte de la loi afin d'en mieux pénétrer l'esprit, assimile le mari séparé d'habitation, au mari auquel la naissance d'un enfant a été cachée. Elle considère que la vie commune ayant cessé d'exister entre les époux, le mari est censé ignorer l'accouchement de sa femme, qu'il n'a pas pu en avoir connaissance, et que, par suite, il doit bénéficier du délai de deux mois qui commencera à courir seulement à dater du jour où il aura connu la naissance de l'enfant. Décider autrement et appliquer rigoureusement le texte de l'article 316, aurait été bien souvent déclarer le mari forclos avant qu'il ait eu la possibilité d'agir.

La jurisprudence ne se borne pas là. Partant du principe que le mari n'a aucune preuve à faire, elle oblige les défenseurs qui opposent une fin de non-recevoir tirée de l'expira-

tion des délais, à prouver les faits d'où résultent la découverte de la naissance et par suite l'exercice tardif de l'action. C'est d'ailleurs une application de la maxime *reus in excipiendo fit actor* (Pau, 11 janvier 1887, S. 87. 2. 226; Riom, 30 décembre 1896, S. 97. 2. 64). Il nous paraît cependant que si la femme avait fait connaître à son époux, à la fois sa grossesse et son accouchement, ce dont elle aurait à fournir la preuve, le mari ne pourrait plus exciper de son ignorance, il aurait eu suffisamment le temps de prendre ses précautions, et le droit commun devrait reprendre son empire, par l'application du délai d'un mois depuis la naissance.

Les juges ont, bien entendu, à examiner si la conception de l'enfant se place durant la période illégale et c'est là une question de fait qui échappe à la sanction de la cour suprême. Ils débouteront le demandeur, si l'enfant est né moins de trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé ou cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation. Après une instance en divorce, il peut arriver que les époux laissent passer le délai de deux mois qui leur est accordé pour requérir la transcription du jugement prononçant le divorce. Si c'est d'un commun accord qu'ils négligent de remplir cette formalité, il y a réconciliation, et c'est le moment de la reprise effective de la vie commune qui servira de point de départ pour le calcul de la durée de la plus courte gestation. Au contraire, si c'est par indifférence, oubli ou ignorance que les conjoints n'ont pas requis la transcription, la situation est assimilable au rejet de la demande, et l'impossibilité

morale de cohabitation née de l'introduction de l'instance cessera avec l'expiration du délai de deux mois. Le mari pourra donc encore désavouer les enfants, mais ceux-là seulement, dont la conception remontera à une époque antérieure à l'expiration de ce délai.

Supposons que le désaveu du demandeur soit reconnu fondé qu'on n'ait réussi ni à prouver une réunion de fait, ni à opposer aucune autre fin de non-recevoir, l'enfant désavoué sera évidemment rejeté de la famille du mari à laquelle aucun lien ne le rattachera, mais quel sera son état ? Le divorce n'étant pas encore prononcé au moment de la conception, la mère était toujours tenue au devoir de fidélité envers son conjoint : en s'abandonnant à un autre, elle a commis un adultère, et l'enfant né de ces relations coupables sera adultérin. Ce sera même un des cas exceptionnels où, contre le vœu de l'article 342, la filiation adultérine d'un enfant, au moins quant à sa mère sera établie. Cet enfant n'aura donc aucun droit sur la succession de sa mère, il ne pourra réclamer que des aliments. Toutefois, une décision curieuse a été rendue par le tribunal de Versailles, le 14 août 1889 (S. 90.2. 95). Un enfant était né plus de cent quatre-vingts jours, mais moins de trois cents jours après la dissolution du mariage. Le mari intenta une action en désaveu sur laquelle le tuteur *ad hoc*, défendeur à l'action, en reconnaissant la non-paternité du demandeur, prétendit que l'enfant étant né plus de cent quatre-vingts jours depuis le divorce, sa conception se plaçait hors mariage, et qu'il ne devait pas encourir les déchéances dont la loi frappe les enfants adultérins. La requête

du tuteur *ad hoc* fut reconnue juste. Il y a lieu d'approuver ce jugement, car, quand il y a doute sur l'époque précise de la conception, on doit toujours se prononcer dans le sens le plus favorable à l'enfant, c'est le système de la loi quand il s'agit de conférer à l'enfant le bénéfice de la légitimité, pourquoi n'en serait-il pas de même, lorsqu'il s'agit d'en faire un enfant naturel simple au lieu d'un enfant adultérin ?

Tout ce que nous avons dit jusqu'ici, suppose que la femme, comme le veut l'alinéa 2 de l'article 313, a été autorisée à avoir un domicile séparé. Si, malgré l'instance en divorce, les époux ont continué d'habiter sous le même toit, ou s'ils ont vécu séparés de fait, mais sans qu'aucune décision judiciaire les y ait autorisés, le mari n'aura la possibilité de former un désaveu qu'en se conformant au droit commun. Il aura alors à prouver qu'il a été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme pendant toute la période légale de la conception, conformément à l'article 312, ou bien, si on lui a caché la naissance de l'enfant, à justifier de tous les faits propres à démontrer sa non-paternité (art. 313, al. 1^{er}). Il est vrai que dans ce cas, sa demande en divorce pourra lui être d'un utile secours, mais elle ne sera pas toujours suffisante pour lui permettre de triompher.

SECTION II

De l'action en contestation de légitimité.

Après la dissolution du mariage par le divorce, la situation va se transformer. Chacun des époux reprend sa liberté, le

devoir de fidélité n'existe plus entre eux, sauf le délai de viuité imposé à la femme par l'article 296. Dès lors, la présomption de paternité ne protège plus que l'enfant dont la conception remonte avec probabilité, à une époque antérieure à la rupture du lien conjugal, c'est ce que dit l'article 315 qui porte : « *La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée* ».

La loi ne déclare pas l'enfant né après cette époque, illégitime de plein droit comme on l'avait proposé lors de la confection du code, elle dit seulement que sa légitimité pourra être contestée. On se servira à cet effet non plus de l'action en désaveu ouverte au mari seul, ou dans certains cas à ses héritiers, mais de l'action appelée en contestation de légitimité, ouverte à toute personne intéressée et non soumise aux déchéances rigoureuses de la précédente. Mais la légitimité de l'enfant né plus de trois cents jours après le divorce étant contestée, le juge saisi de l'action, devra-t-il déclarer l'illégitimité, ou bien pourra-t-il d'après les circonstances de fait décider que l'enfant appartient au mariage? On admet généralement et à juste titre, que le mot « pourra », invoqué à tort dans l'opinion contraire, indique la faculté pour les adversaires de l'enfant de contester sa légitimité, et ne confère aucun pouvoir d'appréciation au juge, dont le rôle se borne à enregistrer en quelque sorte l'illégitimité dès que la condition de la naissance tardive se trouve remplie. Malgré certaines affirmations contraires lors des travaux préparatoires, le législateur en réglant soigneusement la durée des grossesses a voulu supprimer en cette matière l'arbitraire

des tribunaux qui, sous l'ancienne législation avait engendré quelques abus et des décisions extravagantes; son but ne serait pas atteint s'il était permis au juge de déclarer légitime un enfant né plus dix mois après la dissolution du mariage.

Quand le mariage est dissous par le prédécès de l'un des conjoints, il n'y a pas de difficulté au sujet du point de départ du délai de trois cents jours pendant lequel l'enfant qui surviendra, jouira de la présomption de paternité. Il n'en est pas de même, lorsque le mariage est dissous par le divorce. On s'est demandé à dater de quel moment se produit la dissolution. Cette question n'avait pas d'objet sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884. Le divorce était alors prononcé par l'officier de l'état civil et jusque-là, le mariage demeurerait entier. La loi du 18 avril 1886, en innovant sur ce point a donné prise à la controverse. C'est que désormais, le divorce est prononcé par le tribunal, mais ne devient cependant définitif que par la transcription du jugement sur les registres de l'état civil. On peut donc hésiter sur le point de départ de la dissolution, entre la date du jugement ou du moins le jour où il a acquis l'autorité de la chose irrévocablement jugée, et la date de la transcription.

D'après une première opinion, le divorce étant prononcé par le tribunal, doit produire son effet du jour de la prononciation. La transcription est sans doute nécessaire, mais c'est une simple condition suspensive, qui rétroagit dès qu'elle est accomplie.

Dans une seconde opinion, adoptée par la Cour de cassa-

tion dans un arrêt fortement motivé du 18 avril 1893 (S. 94. 1. 1) et qui gagne tous les jours parmi les auteurs, le mariage subsiste jusqu'à la transcription. En effet, le législateur a modifié seulement la nature de la formalité dont les effets restent les mêmes : les motifs du changement sont en faveur de cette interprétation. La pensée du législateur se révèle dans l'article 252, alinéa 2, qui prescrit à l'officier de l'état civil d'opérer la transcription à date fixe, le cinquième jour de la réquisition. Cette disposition fut votée sur cette remarque qu'il ne fallait pas permettre à l'officier de l'état civil de choisir à son gré le moment de la dissolution du mariage, c'est donc que le mariage n'est dissous que par la transcription. Enfin, sans nous étendre autrement sur cette opinion qui nous paraît la seule exacte, nous ajouterons cette considération de l'arrêt précité, « qu'il ne semble pas possible que l'indécision existe pendant un temps plus ou moins long sur le point de savoir si deux individus sont ou ne sont pas époux et, en conséquence, à quelles lois ils sont soumis pour leurs droits, leur capacité et surtout pour leurs devoirs. »

Rappelons que l'enfant né avant l'expiration des trois cents jours depuis la transcription du jugement de divorce pourra être désavoué par le mari, sauf aux tribunaux, s'il leur paraît résulter des circonstances que la conception se place en dehors du mariage, à admettre une filiation naturelle simple au profit de l'enfant, au lieu d'une filiation adultérine (Versailles, précité).

SECTION III

**A qui appartient l'enfant pouvant invoquer
deux présomptions de paternité ?**

La femme divorcée est obligée d'attendre avant de se remarier qu'il se soit écoulé dix mois depuis la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil (art. 296). Le but de cette disposition est d'empêcher la confusion de part, *la turbatio sanguinis*. Mais cette obligation, du moins d'après l'opinion presque unanime, ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif : le second mariage contracté par la femme, malgré la prohibition de l'article 296, ne sera pas nul.

Dès lors, l'hypothèse que nous avons à prévoir est celle-ci : la femme divorcée et remariée sans avoir observé le délai de viduité auquel elle est soumise, met au monde un enfant cent quatre-vingts jours au moins après la célébration du second mariage et moins de trois cents jours après la dissolution du premier. L'enfant d'après le système du code, peut revendiquer deux paternités, celle du premier mari de sa mère et celle du second, comment résoudra-t-on le conflit ? Les opinions sur la solution à donner à la difficulté sont nombreuses.

Nous ne nous arrêterons pas à celle qui veut que l'enfant ait deux pères, ni à celle qui permet à l'enfant de choisir entre les deux présomptions suivant son intérêt (Laurent, t. III,

n° 388). Une personne a sa filiation déterminée par la loi, sans que sa volonté joue aucun rôle dans cette détermination, et dès que la filiation est établie, il est impossible d'en changer : on ne conçoit pas qu'on choisisse son père.

Deux opinions se soutiennent plus sérieusement. D'après l'une, l'enfant doit être présumé appartenir au second mari. « Cette solution, dit M. Demolombe (t. V, n° 93), est la plus juridique et la plus conforme soit à la probabilité du fait, soit aux règles de la morale et des convenances publiques. L'enfant est né dans le second mariage, et cette circonstance importante, fortifie au plus haut degré la nouvelle présomption légale qui s'est en quelque sorte superposée sur la première et qui a pour elle tout ensemble le droit et le fait... Presque toujours, cet enfant aura été inscrit sous le nom du nouveau mari qui l'aura reconnu avec la mère comme l'enfant de leur nouveau mariage; la possession d'état sera conforme à son titre, et les faits eux-mêmes trancheront la question. »

Cette opinion nous paraît trop absolue; nous préférons celle d'après laquelle les tribunaux devront se déterminer d'après les circonstances de la cause. Il y a conflit entre deux présomptions, l'une ne doit prévaloir sur l'autre qu'autant que les faits donnent plus de vraisemblance à la première qu'à la seconde. C'est une question d'appréciation qui doit être laissée aux juges. Mais avec M. Demante (t. II, n° 42 *bis* III) nous pensons « qu'en fait, la paternité du second mari est infiniment plus probable, car la précipitation même du mariage semble la proclamer ». Quand il y aura doute, quand les

circonstances de fait ne viendront pas rendre plus probable la paternité du premier mari, c'est celle du second qu'il y aura lieu d'admettre de préférence. Les tribunaux se trouveront même dans l'obligation de le décider ainsi, lorsque la présomption de paternité du premier mari aura été affaiblie pendant l'instance, car après le désaveu, l'enfant ne pourra plus invoquer que la présomption de l'article 314.

L'article 1600 du Code civil allemand a tranché la question de la manière suivante : « Si, dit-il, une femme qui s'est remariée après la dissolution du mariage, met au monde un enfant qui, d'après les articles 1591 à 1599 pourrait être aussi bien l'enfant du premier mari que celui du second, cet enfant est réputé au premier mari s'il est né moins de deux cent soixante-dix jours après la dissolution du premier mariage, et enfant du second dans le cas contraire. »

CHAPITRE II

DU TÉMOIGNAGE DES ENFANTS DANS L'INSTANCE.

En droit commun, certaines personnes sont incapables de déposer en justice. Les unes sont frappées d'une incapacité absolue qui a quelque chose de déshonorant, tels sont, les condamnés à une peine criminelle (art. 28 et 34, § 3, C. pén.), ou à une peine correctionnelle (art. 42, C. pén.). Les autres sont frappées seulement d'une incapacité relative qui n'entache en rien leur honneur, et spéciale aux affaires où sont intéressés certains de leurs parents ou alliés. Cette incapacité est édictée par l'article 268 du Code de procédure civile qui dispose que : « *Nul ne pourra être assigné comme témoin, s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint même divorcé.* »

La loi défend d'assigner comme témoins, les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties, parce qu'elle suspecte leur impartialité.

D'autres personnes, quoique capables de déposer, peuvent être reprochées, c'est-à-dire, écartées de l'enquête par les parties, et le résultat final sera sensiblement le même que si

elles étaient incapables (art. 283, C. pr.). Les causes de reproches sont principalement fondées sur la parenté et l'alliance jusqu'au sixième degré et sur l'état de domesticité.

Les différences entre les témoins incapables et les témoins simplement reprochables sont importantes. Les premiers ne peuvent aucunement être assignés, et si par inadvertance, ils ont été entendus, la lecture de leur déposition sera interdite d'office par le tribunal. Les seconds au contraire, ne peuvent être écartés du débat que sur la demande des parties, et en principe, avant toute déposition de leur part.

A ces règles, il existe une exception en matière de divorce. D'après l'ancien article 261, les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants n'étaient pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux en cette qualité; mais le tribunal devait avoir tel égard que de raison aux dépositions des parents et des domestiques. La loi du 18 avril 1886 a reproduit à peu près la même disposition dans l'alinéa 2 de l'article 245, ainsi conçu : « *Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins.* »

L'exception contenue dans l'ancien article 251, maintenue dans l'article 245 par la loi du 18 avril 1886, consiste donc en ce que les personnes reprochables ou même incapables pour cause de parenté ou de domesticité peuvent être entendues comme témoins dans l'enquête ordonnée à la suite d'une instance en divorce. On a apporté cette dérogation au droit commun, parce que les faits qu'il s'agit de prouver, se sont généralement passés dans l'intimité de la maison des

époux, et que rejeter le témoignage des parents et des domestiques aurait été rendre presque impossible la preuve des articulations du demandeur, mais la règle est maintenue dans toute sa rigueur à l'égard d'une catégorie de parents : ce sont les descendants. Ils demeurent incapables de déposer pour ou contre leur père ou leur mère plaidant en divorce. Qu'on le remarque bien, ils ne sont pas seulement reprochables, comme semblait le dire inexactement l'ancien article 251, ils restent frappés de l'incapacité atteignant tout parent en ligne directe de l'une des parties, en vertu de l'article 268 du Code de procédure, le Code civil ayant laissé subsister vis-à-vis d'eux, cet article tout entier. D'où, il résulte que leur témoignage est inadmissible et doit être écarté d'office par le tribunal (Termonde, 9 juin 1858, *Belg. jud.* 58, 1067 ; Riom, 18 juillet 1887, *Gaz. du Pal.*, 17-18 août 1887).

Il y aurait eu en effet, impiété à mêler les enfants à un semblable débat. Sans compter les éclats du scandale qui auraient rejailli plus ou moins directement sur eux, sans compter la mésestime pour l'un ou l'autre de leurs auteurs qu'ils auraient bien souvent emportée du prétoire, pouvait-on attendre une grande lumière du témoignage des enfants, hésitants qu'ils auraient été parfois entre ces deux sentiments : le respect de la vérité et l'amour de leurs parents. Comme le dit M. Carpentier, permettre aux enfants de déposer dans une enquête en divorce, c'eût été leur permettre de porter atteinte à l'article 371 qui leur recommande à tout âge d'honorer et de respecter leurs parents.

La prohibition d'entendre les enfants étant absolue, et la

loi ne permettant pas de faire par voie détournée ce qu'elle défend d'une façon expresse, les parties ne pourraient pas faire rapporter par des tiers ce que les enfants ont pu voir ou entendre. Il aurait été trop commode aux plaideurs d'éluder la défense de la loi en faisant interroger les enfants par des tiers qui seraient venus ensuite rapporter leurs propos au magistrat chargé de l'enquête (Blois, 26 mai 1886, *la Loi* du 8 avril 1887; Poitiers, 18 mai 1890, S. 91. 2. 60).

La controverse qui s'était élevée sous l'empire de l'ancien article 251 sur le point de savoir si la prohibition s'étendait aux enfants des époux, issus d'un premier lit, doit aujourd'hui disparaître. On invoquait pour la négative, un argument bien faible, tiré du pronom « leurs » figurant dans le texte et paraissant désigner les seuls enfants communs. La nouvelle rédaction parle des descendants des époux sans faire aucune distinction entre les enfants communs et les enfants d'un premier lit. Les raisons de convenances et de morale qui ont fait édicter la prohibition existent dans un cas comme dans l'autre (Blois, 12 juillet 1893, *Pandectes françaises*, 94. 2. 168).

C'est encore la même solution qu'il faut donner pour les enfants naturels reconnus et les enfants adoptifs, compris sous la dénomination générale de descendants. Mais il en serait autrement des enfants naturels non reconnus, comme des enfants adultérins ou incestueux qui n'ont légalement ni père ni mère.

Il est plus difficile de se prononcer au sujet des alliés des descendants. Ce ne sont certainement pas des descendants

au sens étroit de ce mot, mais il convient d'observer que si l'alliance n'engendre pas les mêmes droits que la parenté, elle fait naître les mêmes devoirs, devoir de respect, devoir de secours au cas de besoin. Or, ce serait autoriser les alliés à violer ce devoir de respect, que de les laisser déposer contre leur beau-père ou leur belle-mère. On arriverait à ce résultat étrange, l'enfant éloigné de l'enquête, mais son conjoint admis et lui servant en quelque sorte de remplaçant ; on tournerait ainsi en voulant le respecter l'article 245. D'ailleurs, pour ceux que le mot « descendants », fait hésiter, ne peut-on pas dire que l'alliance crée une sorte de descendance fictive analogue à celle née de l'adoption. Enfin, pour tout ce qui touche le témoignage, la parenté est toujours assimilée à l'alliance (*Contrà*, Trib. d'Orange, 21 avril 1894, *Gaz. du Pal.*, 94. 2. 378).

CHAPITRE III

LE DROIT DE GARDE PENDANT L'INSTANCE.

L'introduction d'une instance en divorce par l'un ou l'autre des conjoints, laisse le mariage encore intact : on ne sait pas si jamais il sera dissous. Aussi, en principe, les époux demeurent-ils pendant toute la durée du procès investis des mêmes droits et tenus des mêmes devoirs. Spécialement, la puissance paternelle, avec tous ses attributs sur la personne et sur les biens des enfants, doit rester concentrée entre les mains du mari, aussi longtemps que le lien conjugal n'est pas brisé.

Mais, lors de la présentation au président du tribunal de la requête aux fins de divorce, l'union morale n'existe plus entre les époux, la discorde règne à leur foyer, et à partir de ce moment, les haines, les rancunes loin de s'apaiser vont s'accroître et provoquer des scènes regrettables pour les époux comme pour les enfants. C'est pourquoi, si la nécessité s'en fait sentir, la loi permet aux magistrats, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande, de délier les époux de l'obliga-

tion de vivre en commun, et de porter atteinte aux droits du père sur la personne des enfants.

L'article 267 du Code civil, décidait que l'administration provisoire des enfants resterait au mari demandeur ou défendeur, sauf la faculté pour le tribunal d'en ordonner autrement pour le plus grand avantage des enfants, sur la demande des parties intéressées, de la famille ou du ministère public. Cette disposition remise intégralement en vigueur en 1884, a été abrogée par la loi du 18 avril 1886, et remplacée par les nouveaux articles 238 et 240 dont voici le texte :

Art. 238. — *Au jour indiqué, le juge entend les parties en personne; si l'une d'elles se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, ce magistrat détermine le lieu où sera tentée la conciliation, ou donne commission pour entendre le défendeur; en cas de non-conciliation ou de défaut, il rend une ordonnance qui constate la non-conciliation ou le défaut et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal.*

Le juge statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels, et il a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments.

Cette ordonnance est exécutoire par provision; elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure.

Par le fait de cette ordonnance, la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et

à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites.

Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance, par jugement du tribunal, sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer, en tout état de cause, en référé, sur la résidence de la femme.

Le juge, suivant les circonstances, avant d'autoriser le demandeur à citer, peut ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires.

L'époux demandeur en divorce, devra user de la permission de citer qui lui a été accordée par l'ordonnance du président, dans un délai de vingt jours à partir de cette ordonnance.

Faute par l'époux demandeur d'avoir usé de cette permission dans ledit délai, les mesures provisoires ordonnées à son profit cesseront de plein droit.

Art. 240. — Le tribunal peut, soit sur la demande de l'une des parties intéressées, soit sur celle de l'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office, ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants.

Il statue aussi sur les demandes relatives aux aliments pour la durée de l'instance, sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes.

Il convient, pour examiner le rôle des juges au sujet de la garde provisoire des enfants pendant la procédure de divorce, de distinguer trois périodes dans l'instance :

1° De la présentation de la requête à la citation en conciliation.

2° De la citation à l'assignation devant le tribunal.

3° De l'assignation devant le tribunal au jugement ou à l'arrêt définitif.

Première période.

Le premier acte de la procédure en divorce, consiste dans la présentation d'une requête au président du tribunal par l'époux demandeur en personne. A la suite de cette requête, le président, s'il n'a pu changer la résolution du demandeur, rend une ordonnance permettant de citer le défendeur en conciliation. Par cette ordonnance, le président peut autoriser l'époux présent, à résider séparément de son conjoint (art. 236), mais pourrait-il déjà statuer sur la garde provisoire des enfants?

L'opinion généralement admise, est qu'il n'en a pas encore le droit. Cependant, on a voulu argumenter des mots « à nouveau » de l'article 238 pour soutenir qu'en même temps qu'elle prononce sur la résidence de l'époux demandeur, l'ordonnance pourrait enlever au mari son droit de garde (Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, n° 723). Mais les mots dont on a voulu tirer argument se réfèrent seulement à la résidence de l'époux demandeur, et non à tout ce qui suit.

Le président n'ayant pas encore à ce moment le droit de prendre des mesures relativement aux enfants, le père en conservera provisoirement l'administration, et si c'est lui

qui a été autorisé à quitter le domicile conjugal, il pourra emmener avec lui ses enfants, sans que la mère ait aucun moyen de s'y opposer.

Deuxième période.

Elle commence au jour fixé pour la tentative de conciliation devant le président du tribunal.

Si le défendeur fait défaut, ou si, s'étant présentées, les parties ne se sont pas conciliées, le président rend une seconde ordonnance constatant le défaut du défendeur ou la non-conciliation, et autorisant le demandeur à assigner devant le tribunal. En même temps, et par le même acte, outre d'autres mesures dont nous n'avons pas à nous occuper, il statue sur la garde des enfants (art. 238, al. 2). C'est là une innovation de la loi de procédure du 18 avril 1886; avant elle, seul le tribunal pouvait retirer au mari l'administration provisoire des enfants, et il lui fallait pour cela une demande régulière de la part de personnes déterminées.

Quels sont les droits du juge, et quelles mesures peut-il ordonner? Il doit dans sa décision, s'inspirer du plus grand intérêt des enfants, il peut prendre toutes les mesures conciliables avec cet intérêt, et ses droits sont les mêmes que ceux du tribunal au sujet de la garde, soit pendant la durée de l'instance, soit après le divorce. Nous nous expliquerons plus loin sur toutes les modalités qui comporte le règlement de l'administration de la personne des enfants. Le juge toutefois, ne devrait enlever l'administration provisoire des enfants au mari qu'en cas de nécessité absolue, c'était l'esprit de l'an-

cien article 267, c'est encore celui des nouvelles dispositions de la loi de 1886 (Paris, 28 janvier 1896, *Gaz. du Palais*, 18 avril 1896).

Personne ne conteste que le père privé pendant l'instance, de la garde de ses enfants au profit de la mère ou d'une tierce-personne, demeure investi des autres attributs de puissance. Il garde intacts tous ses autres droits, droits d'administration légale, de jouissance, de correction, d'émancipation..... On a pourtant décidé qu'il ne pourrait pas faire usage de ce dernier droit, si par son exercice, il portait frauduleusement atteinte à un ordre de justice (Cass., 4 avril 1865, D. 65. 1. 387. — Douai, 25 mai 1895, S. 97. 2. 73). Toucher même partiellement à la puissance paternelle pendant le mariage, alors surtout que l'indignité du père n'est pas démontrée, est un acte d'une gravité exceptionnelle, et les textes qui le permettent, doivent s'interpréter restrictivement. Or, l'article 238, alinéa 2, parle seulement de la garde, sans faire aucune allusion aux autres droits. D'ailleurs, ce qu'on veut principalement, c'est soustraire les enfants à des exemples pernicieux ou leur assurer les soins matériels réclamés par leur âge, et ce but est réalisé par la mesure autorisée.

L'époux auquel la garde a été enlevée, ou tous les deux, si les enfants ont été confiés à une personne étrangère, conservent le droit de surveiller l'éducation des enfants, et sont tenus de l'obligation de subvenir aux frais d'entretien. Il en serait ainsi après le divorce, à plus forte raison, doit-il en être de même pendant l'instance.

Devant le tribunal, il peut se produire certaines interventions pour réclamer des mesures au sujet des enfants. Au contraire, devant le président, il n'y a que les parties en présence, elles seules peuvent demander le règlement du droit de garde. Mais ceci ne fait aucun préjudice au droit qui appartient au président de statuer d'office en dehors de toute réquisition, car si l'article 238 ne donne pas explicitement ce droit au juge conciliateur, ses termes impératifs le lui attribuent implicitement. Cependant, il ne faudrait pas inférer de là que le président devrait toujours se prononcer sur l'administration provisoire des enfants. Le principe est que le père conserve le droit de garde comme les autres droits, si l'intérêt des enfants n'exige pas une solution différente. Si donc, il n'apparaît pas au juge que la moralité ou la santé des enfants aient à souffrir du maintien des prérogatives du père, il gardera le silence : la décision par laquelle il consacrerait la règle, serait tout au moins inutile. L'opinion adverse se prévaut à tort des mots « il statue », semblant faire contraste avec les mots « il a la faculté de statuer » lorsqu'il s'agit d'aliments, pour exiger une disposition expresse.

Le défendeur, soulève devant le magistrat conciliateur, une exception d'incompétence ; la jurisprudence décide que le président doit se borner à donner acte au défendeur de son déclinatoire et à renvoyer les parties devant le tribunal pour être statué sur cette exception. Le juge unique ne doit pas se substituer au tribunal dans une question d'une telle importance. Mais le président aurait-il néanmoins le pouvoir

de statuer sur les mesures provisoires, notamment sur celles concernant les enfants? Il conserverait, c'est du moins l'avis de la jurisprudence, malgré le déclinatoire d'incompétence, la faculté de prendre toutes les mesures nécessitées par les circonstances. Il puiserait son droit, dans le rôle qui lui est conféré comme juge des référés par les articles 806 et suivants du Code de procédure, de connaître de toutes les affaires urgentes, et dans ce cas, sa compétence ne dépend pas absolument du domicile du défendeur (Lyon, 17 mars 1891, S. 92. 2. 1, et la note de M. Appleton). Il y a quelque analogie entre cette solution et les nombreux arrêts, qui, tout en reconnaissant l'incompétence des tribunaux français pour prononcer le divorce ou la séparation de corps entre époux étrangers, leur attribuent le pouvoir de régler la garde des enfants ou la résidence de la femme quand il y a urgence.

L'ordonnance du président portant réglementation de la garde provisoire, est-elle susceptible de voies de recours, et quelles sont-elles? Avant 1886, cette question avait fait l'objet d'une vive controverse. La Cour de cassation (Cass., 15 février 1859, S. 59. 1. 202), décidait que l'ordonnance rendue en matière de séparation de corps, était susceptible de recours, seulement pour celles de ses dispositions qui avaient un caractère contentieux, et non pour celles qui relevaient de la juridiction gracieuse du président, n'ayant fait naître aucun débat entre les parties. L'article 238 nouveau, a admis que l'ordonnance est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure civile.

Voilà donc déjà un point certain : l'ordonnance du président

peut être déférée à la cour d'appel dans le délai de quinzaine déterminé pour recourir contre une décision rendue en référé. Mais, de plus, la distinction entre les parties de l'ordonnance qui ont un caractère contentieux et celles qui ont un caractère gracieux doit aussi disparaître, vu la généralité des termes de la loi. M. Carpentier (*Traité du divorce*, t. II, n° 72), en adoptant cette solution, y apporte cependant certaines réserves. Ainsi, il déclare inattaquable la décision constatant un accord intervenu entre les parties relativement à la garde provisoire des enfants. Mais, s'il apparaît que dans cette hypothèse, il y a une sorte de contrat que le magistrat s'est borné à constater et qui lie les époux, il semble que le second cas, où, d'après M. Carpentier, il ne saurait y avoir de recours ouvert est plus contestable. Ce serait, lorsque l'ordonnance s'est contentée de déclarer en l'absence de conclusions contraires de la femme, que la garde des enfants restera au père, conformément à la loi. Déclarer dans ce cas, l'appel irrecevable, n'est-ce pas refuser le droit de recours toutes les fois qu'il n'y aura pas eu débat entre les parties, et revenir indirectement à l'ancienne théorie de la cour suprême? On trouve en effet, une décision de la Cour de Nancy (15 février 1896, D. 96. 2. 144), conforme à l'opinion de cet auteur, mais motivée sur ce que la question n'ayant fait l'objet d'aucune demande ni d'aucun litige n'avait pas le caractère contentieux.

Une difficulté plus grave est susceptible de se présenter au sujet du droit d'appel ouvert contre l'ordonnance du juge conciliateur. Lorsque le tribunal est saisi, il a qualité pour

modifier ou compléter les mesures provisoires. Or, si à ce moment, l'appel n'a pas été interjeté, pourra-t-il encore l'être? ou si la cour étant saisie, n'a pas encore statué, pourra-t-elle néanmoins le faire, au risque de prendre des mesures en contradiction avec celles ordonnées par le tribunal? Soulevée devant le Sénat, cette question a donné lieu à un débat confus dont il n'a pas jailli une grande lumière, et aujourd'hui encore trois opinions sont en présence.

Voyons d'abord la discussion parlementaire. Dans le projet présenté par le gouvernement et la commission, l'alinéa 3 de l'article 238, avait la même rédaction qu'à l'heure actuelle mais l'alinéa 5 ne comportait pas les mots : « *Lorsque le tribunal est saisi...* » du début. A la séance du 7 décembre 1885, M. Griffe critiqua fortement les deux dispositions, et proposa un amendement ayant pour but de porter l'appel non devant la cour mais devant le tribunal. Cet amendement fut rejeté.

M. Batbie posa alors en ces termes, la question sur son véritable terrain : « Je suppose, dit-il, que le tribunal n'est pas encore saisi au fond de la demande en divorce; et alors on dit : il n'y a d'appel possible que devant la cour qui est le juge ordinaire des appels. Mais je suppose que cet appel ne soit pas vidé au moment où l'instance sera engagée devant le tribunal. Il est impossible en effet d'assurer que l'appel aura été jugé, lorsque la demande en divorce sera portée devant le tribunal; et alors vous aurez deux juges : la cour et le tribunal en vertu de votre avant-dernier paragraphe de l'article 238, qui dit « que les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées au cours de l'instance par

jugement du tribunal ». Mais un arrêt de la cour peut surgir pendant l'instance et créer un conflit avec les mesures que le tribunal peut ordonner ».

Le rapporteur, M. Labiche, répondit à l'observation de M. Batbie qu'il y avait lieu de distinguer deux périodes dans l'instance : l'une préparatoire, celle pendant laquelle le président avait le droit de prendre les mesures provisoires dont l'appel était recevable devant la cour, l'autre commençant lors de l'introduction de la demande devant le tribunal et pendant laquelle il n'y avait plus d'appel possible, la situation provisoire ayant disparu. « L'honorable M. Batbie, ajouta M. Labiche, a bien fait de poser la question ; il a dit : « comment ferez-vous si le tribunal est saisi et que la cour n'ait pas statué? » Je réponds : « Dans ce cas la cour doit être dessaisie ». Et le rapporteur termina par ces mots : « On donnerait satisfaction à nos honorables collègues en insérant un dernier paragraphe ainsi conçu : *« Lorsque le tribunal est saisi..... — voilà ce qui détermine la deuxième période — les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées et complétées pendant le cours de l'instance. »*

A la suite de cette discussion, le renvoi à la commission fut ordonné. Celle-ci, à la séance suivante, le 10 décembre, rapporta le texte ainsi modifié : « Cette ordonnance est exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure, *tant que le tribunal n'a pas été saisi de la demande principale. Dans ce cas, la cour se trouvera dessaisie.* » . . . « *Lorsque le tribunal est saisi,* les mesures provisoires prescrites par le

juge peuvent être modifiées et complétées par le jugement du tribunal, etc. »

Mais M. Dauphin s'éleva contre cette nouvelle rédaction déclarant que le dessaisissement de la cour était quelque chose d'antijuridique, de contraire à tous les principes. MM. Léon Renault et Griffé s'associèrent à ces observations, et le texte fut de nouveau renvoyé à la commission. Quand il en revint, la fin de l'alinéa 3 avait disparu, tandis que les mots « *Lorsque le tribunal est saisi* » ajoutés à l'alinéa 5, étaient conservés. On vota le texte ainsi transformé sans aucune explication. Dès lors se pose la question de savoir si le législateur a entendu consacrer l'explication donnée par le rapporteur sur le dessaisissement de la cour, ou au contraire donner satisfaction aux critiques de M. Dauphin.

D'après un premier système, l'appel ne peut plus être interjeté après l'assignation devant le tribunal et si, ayant été formé auparavant, il n'est pas encore vidé à cette époque, la cour ne peut plus statuer, elle est dessaisie de plein droit. On s'appuie sur les paroles de M. Labiche distinguant, comme nous l'avons dit, deux phases dans la procédure et affirmant que dès l'ouverture de la seconde, c'est au tribunal seul qu'il appartient de connaître des mesures provisoires. On trouve un autre point d'appui à cette doctrine, dans le maintien des mots « *Lorsque le tribunal est saisi ...* » de l'alinéa 5, paraissant bien autoriser la distinction entre les deux périodes (Paris, 10 janvier 1889, *J. Le Droit* du 19 janvier 1889. — Bordeaux, 12 mai 1896, S. 97. 2. 492).

Mais les débats parlementaires ont été trop obscurs pour

permettre d'en dégager une opinion, et l'affirmation d'un orateur, fût-il rapporteur de la loi, ne saurait donner à cette loi son véritable sens, alors surtout que son texte n'est pas conforme à cette affirmation et que les mots qui y avaient été insérés pour l'y rendre n'ont pas reçu la consécration législative. C'est pourquoi, n'admettant pas qu'une juridiction régulièrement saisie puisse être l'objet d'un dessaisissement, sans un texte bien formel, ni que le droit d'appel soit restreint, nous préférons adhérer au second système qui a pour lui depuis 1892, l'autorité de la Cour de cassation. Ce second système, généralement adopté par la doctrine, décide que la cour ne peut se dessaisir quand l'appel a été régulièrement formé devant elle, et que les parties même lorsque le tribunal est saisi, conservent leur droit de recours contre l'ordonnance du président statuant sur la garde provisoire des enfants, pourvu que l'appel ait été interjeté dans le délai de quinzaine après la signification, conformément à l'article 809 du Code de procédure (Paris, 11 mars 1890, D. 90. 2. 333; Cass., 29 juin 1892, D. 92. 1. 553; Bordeaux, 14 mars 1899, D. 1900. 2. 227). Sans doute, on fait l'objection élevée par M. Bathie au cours de la discussion, on dit qu'on rend ainsi possible un conflit entre deux décisions émanant, l'une du tribunal, l'autre de la cour sur le même objet. La réponse est que le rôle de la cour et celui du tribunal sont différents. La cour doit avoir seulement en vue ce qui existait à l'époque de la tentative de conciliation, elle statue sur le passé, le tribunal doit prendre au contraire, en considération les circonstances qui ont pu se produire et nécessiter la modification des mesures provisoires,

il statue sur la situation actuelle et pour l'avenir. Cette distinction peut-être un peu subtile, n'empêchera pas parfois les deux décisions d'être contradictoires, et les plaideurs ne comprendront pas toujours bien que l'une soit ramenée à exécution de préférence à l'autre. Malgré cela, nous n'en tenons pas moins cette interprétation pour exacte et conforme aux principes comme au texte de l'article 238. S'il s'agissait de faire la loi, il vaudrait mieux à notre avis, supprimer l'appel contre les mesures du président qui ne sont pas destinées à se prolonger bien longtemps avant l'introduction de l'instance. Mais l'interprète n'a pas à réformer l'œuvre du législateur même quand il la croit défectueuse.

Enfin, un troisième système qui apparaît comme un moyen de concilier les deux précédents, s'appuyant sur les mots « *Lorsque le tribunal est saisi...* », de l'alinéa 5, distingue suivant que l'instance est ou non introduite au moment où est formé le recours contre l'ordonnance du président. Si l'appel est interjeté avant que le tribunal soit saisi, personne ne peut dessaisir la cour qui doit se prononcer. Au contraire, le tribunal est-il déjà saisi, c'est à lui désormais qu'il appartient de connaître des difficultés relatives à la garde provisoire, l'appel n'est plus recevable devant la cour, quand même on serait encore dans les délais pour agir (Carpentier, *Traité du divorce*, t. II, n° 7). Mais ce système ne se conçoit guère, ou bien le droit d'appel doit disparaître tout à fait, par l'introduction de l'instance, ou bien il doit subsister dans son intégralité; la distinction proposée mettrait le défendeur à la merci du demandeur, qui pourrait à son gré faire tomber ou

maintenir un droit formellement reconnu par l'article 238, en avançant ou en retardant l'assignation devant le tribunal. Ce système ne supprime aucune difficulté et mérite à la fois toutes les critiques adressées aux deux autres.

Le jour fixé pour la comparution des parties devant le président, le demandeur comparait seul, le défendeur ne se présentant pas. Le président, par son ordonnance constatera le défaut, et il pourra également prendre certaines mesures provisoires, notamment si c'est la femme qui s'est présentée seule, il pourra lui confier les enfants. Or le défendeur, le mari dans notre hypothèse, qui a fait défaut, pourra-t-il former opposition à l'ordonnance? Il semble bien que le législateur ait entendu assimiler cette ordonnance à une ordonnance sur référé. Le président statue, comme il le ferait en référé sur des questions urgentes qui ne souffrent pas de remise. La loi du reste, en consacrant le droit d'appel, renvoie aux articles 809 et suivants du Code de procédure civile concernant les référés, et manifeste ainsi sa volonté. Or, une décision rendue en référé n'est pas susceptible d'opposition (art. 809, al. 2, C. pr.). Il convient encore d'ajouter qu'autrefois cette voie de recours n'était pas admise contre un jugement prononçant le divorce par défaut et que, si le législateur de 1886 avait voulu l'étendre à l'ordonnance du président comme il l'a fait pour le jugement définitif, il n'aurait pas manqué de le dire.

Mais ce serait une erreur de justifier cette solution en disant que l'opposition à une décision judiciaire n'est recevable qu'autant que la loi l'a expressément déclaré, et que dans ce

cas la loi gardant le silence, cette voie de recours doit être écartée. C'est le contraire qui est la vérité. En principe, toute décision par défaut peut être attaquée par l'opposition, qui est une voie de recours ordinaire au même titre que l'appel.

L'arrêt qui interviendrait sur l'appel de l'ordonnance du président, serait susceptible d'opposition, s'il avait été rendu par défaut, de même qu'il n'échapperait pas au pourvoi en cassation qui est une voie de recours de droit commun.

L'ordonnance du président, malgré le recours qui existe contre elle, est exécutoire par provision, l'article 238, al. 2, est formel, le président pourrait même en cas d'urgence, par analogie avec les ordonnances sur référé, ordonner l'exécution de sa décision sur la minute (art. 811, C. pr.). On ne devrait donc tirer de cette exécution aucune fin de non-recevoir contre l'appelant. Mais, si d'une autre manière, il avait approuvé les mesures provisoires, on pourrait y voir un acquiescement de sa part, car il est évident que si les parties ne peuvent pas acquiescer valablement au jugement de divorce (art. 249) elles le peuvent aux mesures provisoires : il n'y a pas identité de motifs dans les deux cas.

Les mesures ordonnées par le président, ne sont pas destinées à durer indéfiniment. Le demandeur, satisfait des résultats obtenus, ayant été autorisé à avoir un domicile séparé et s'étant vu attribuer la garde des enfants, aurait pu arrêter là son action et jouir ainsi des bénéfices d'une séparation de fait, d'autant plus dangereuse pour les intérêts du mariage, qu'elle aurait été l'œuvre d'un juge unique imparfaitement renseigné sur les faits de la cause, et que le défendeur se se-

rait souvent trouvé désarmé en face d'elle. Aussi, l'article 238, après avoir dans son alinéa 6 permis au magistrat conciliateur, d'ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours, avant d'autoriser le demandeur à assigner devant le tribunal, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires, décide dans son alinéa 7, que l'époux demandeur devra user de la permission de citer qui lui a été accordée dans un nouveau délai de vingt jours, à partir de cette ordonnance. S'il ne le fait pas, les mesures provisoires cessent de plein droit.

Ainsi donc, les mesures provisoires qui sont le fait du président, dureront au maximum pendant quarante jours, si dans ce délai, l'instance n'est pas portée devant le tribunal. A l'expiration de cette période, les mesures provisoires « cesseront de plein droit », quand même le demandeur userait postérieurement de la permission de citer, droit qui lui appartient toujours. S'il voulait obtenir de nouveau la garde des enfants qui lui avait été confiée, il devrait adresser une demande spéciale au tribunal, après l'avoir saisi. Cette déchéance étant encourue de plein droit, il n'est pas besoin d'une décision judiciaire, et si le mari s'était vu retirer la garde qui, en principe, doit lui être conservée, il aurait le droit, la femme n'ayant pas mis à profit en temps utile, la permission accordée, d'exiger le retour au domicile conjugal, à la fois de son épouse et de ses enfants.

Mais les mesures provisoires ne sont anéanties, qu'autant que le demandeur ne poursuit pas son action devant le tribunal dans le délai qui lui est assigné. Dans le cas contraire,

les mesures continuent à produire leur effet jusqu'à la fin de l'instance, c'est-à-dire même jusqu'après le pourvoi en cassation suspensif en matière de divorce, pourvu qu'elles ne soient pas rétractées par le tribunal, et sous réserve du droit d'appel (Douai, 17 mars 1897, S. 98. 2. 107).

Troisième période.

Cette période commence à dater du moment où le demandeur a lancé son assignation en vertu de l'autorisation à lui donnée après la non-conciliation.

Du jour où le tribunal est saisi, c'est à lui qu'il appartient d'ordonner toutes les mesures provisoires dans l'intérêt des enfants. Ce pouvoir lui est donné par les alinéas 3 de l'article 238 et 1^{er} de l'article 240, reproduits plus haut. Mais il ne statue pas comme juge du second degré, chargé de réformer les décisions du président, il statue, soit, pour la première fois, si l'ordonnance rendue ensuite de la conciliation ne contenait aucune disposition à ce sujet, soit à nouveau, et seulement lorsque la situation s'étant modifiée, ou lorsque possédant mieux les éléments d'appréciation de la cause que le juge conciliateur, une modification aux mesures primitives lui semble commandée par le véritable intérêt des enfants (Tribunal de Limoges, 16 mars 1900, *Le Droit* des 21-22 mai 1900). C'est la conséquence du caractère toujours révocable des décisions concernant ces derniers.

Comme le président, le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix des mesures à prendre, il peut, dit la

loi, « ordonner toutes celles qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants », formule très large, mais qui ne l'autorise cependant pas à méconnaître l'esprit de l'ancien article 267, maintenu par le législateur, et d'après lequel le père ne doit être dépouillé de l'administration provisoire que dans des cas graves. Sauf cette réserve, et la différence des principes, le droit de garde peut comporter les mêmes modalités pendant l'instance qu'après le jugement de divorce; afin d'éviter les répétitions, on indiquera seulement en traitant de la garde définitive les modalités les plus usuelles.

Quelles sont les personnes qui peuvent provoquer une décision du tribunal relativement aux enfants? L'article 240 les désigne suffisamment, ce sont : les parties intéressées, les membres de la famille, le ministère public. Enfin, c'est là une innovation de la loi du 18 avril 1886, le tribunal aurait lui-même le droit, en dehors de toute réquisition de se prononcer d'office sur la question.

En premier lieu, les parties intéressées, c'est-à-dire les époux, ont le droit de demander au tribunal de régler le sort de leurs enfants. Ce rôle leur revenait tout naturellement en première ligne, ce sont eux les plus directement intéressés. Mais s'ils se sont par une convention, entendus au sujet de la garde, le tribunal sera-t-il tenu de sanctionner leur accord? La réponse à cette question ne saurait être absolue. Si aucune objection n'est élevée à cet égard, ni par les membres de la famille, ni par le ministère public, s'il n'apparaît pas au tribunal que la convention est contraire à l'intérêt des enfants, il n'y a aucune raison pour qu'il ne respecte pas les disposi-

tions prises d'un commun accord par les époux (Paris, 22 novembre 1892, D. 93. 2. 524). Dans le cas contraire, si l'avantage de ceux dont ils ont à protéger les intérêts moraux et matériels le demandait impérieusement, les juges, à notre avis, ne seraient pas obligés de consacrer cette entente, qui dans tous les cas pourrait être modifiée ultérieurement.

En second lieu, l'un des membres de la famille peut intervenir dans l'instance pour démontrer au tribunal l'avantage de telle ou telle mesure.

L'article 267 n'employait pas la même formule que l'article 240, il parlait simplement de « la famille », on en avait conclu généralement, ainsi qu'on le verra plus loin, qu'il fallait entendre, par cette expression, le conseil de famille. On comprend qu'une intervention rendue aussi compliquée se produisait rarement.

Une autre question est née aujourd'hui. L'intervention de la famille est-elle limitée à un certain degré de parenté ? faut-il que celui qui prend l'initiative d'agir ait un droit éventuel à la succession de l'enfant, qu'il soit son parent au degré successible ? On lit dans le rapport de M. Labiche au Sénat, les lignes suivantes : « On avait dans la commission extra-parlementaire, soulevé la question de savoir s'il fallait réglementer à l'avance cette intervention de la famille, la limiter à un certain degré de parenté, en déterminer la forme. On ne l'a pas pensé. » Malgré cette affirmation, certains auteurs croient que ce droit d'intervention n'appartient qu'aux parents au degré successible, parce qu'au delà de ce degré, les liens de parenté perdent leur effet légal (Depeiges, *De la procédure du divorce*, n° 79).

Sans doute à partir du treizième degré, l'effet légal quant aux successions cesse, mais le lien de parenté existe toujours et rien n'empêche qu'il produise encore certaines conséquences. Il s'agit ici de l'intérêt exclusif de l'enfant, il est naturel d'interpréter les textes dans le sens le plus favorable à cet intérêt. L'intervention de la famille est même dans ce cas totalement désintéressée, à la différence de ce qui a lieu en matière d'interdiction ou de conseil judiciaire, où on restreint la parenté au douzième degré, dès lors, le rapport qu'on veut établir entre ce droit d'intervention et le droit de succession n'a aucune raison d'être. Au surplus, la question a un intérêt plus théorique que pratique, on le conçoit aisément : au delà d'un certain degré, les liens d'affection se relâchent et un parent éloigné se souciera peu d'intervenir dans une instance en divorce, par sollicitude pour les enfants.

Il est plus important de savoir si l'intervention de la famille doit, pour être recevable, avoir lieu régulièrement, conformément au droit commun des articles 339 et suivants du Code de procédure. Le rapporteur de la loi, on vient de le voir, a formellement déclaré qu'on n'avait pas voulu déterminer la forme dans laquelle les parents devraient intervenir, affirmant par là qu'une intervention irrégulière et faite en dehors des règles du Code de procédure civile, ne serait pas irrecevable. Le législateur a entendu favoriser l'action de la famille et il a supprimé tout obstacle qui pouvait aller à l'encontre de son but. D'ailleurs s'agit-il bien ici d'une intervention telle qu'on l'entend généralement? Celui qui intervient dans un procès conformément à l'article 339 du Code de procédure, a

un intérêt personnel au résultat de la contestation, il devient partie dans l'instance afin de sauvegarder des droits lui appartenant qui pourraient être compromis par la décision à rendre; le parent intervenant au contraire en vertu de l'article 240 du Code civil, ne réclame pas un droit, il vient plutôt solliciter une mesure à titre gracieux, dans l'intérêt d'incapables, il en résulte qu'il ne doit pas encourir de déchéance (Tribunal de Mayenne, 12 août 1896, *Gaz. du Pal.* 96-2. *Supp.*, 27). En tout cas, il est certain que l'article 466 du Code de procédure serait inapplicable et que l'intervention de la famille se produirait utilement en appel, bien que celle-ci n'ait pas le droit de former tierce-opposition au jugement, les mesures concernant les enfants étant essentiellement provisoires et pouvant être modifiées chaque fois que la situation qui les a motivées, a elle-même changé (Cass., 16 juillet 1888, *Pandectes françaises*, 88. 1. 495).

Enfin, il reste une dernière personne ayant le droit de provoquer une décision du tribunal, c'est le ministère public. Investi dans des cas nombreux d'une mission de protection à l'égard des incapables, la fonction qui lui est dévolue par l'article 240, s'explique rationnellement.

En général, dans les affaires civiles, le ministère public joue le rôle de partie-jointe et c'est seulement à titre exceptionnel et en vertu d'un texte spécial qu'il est partie principale, soumis alors à toutes les règles de procédure imposées à un plaideur ordinaire, sauf la dispense de la constitution d'avoué. En ce qui concerne l'instance en divorce proprement dite, la cause lui étant communicable, comme toutes celles

qui intéressent l'état des personnes, il est nécessairement partie-jointe. Mais lorsqu'il intente l'action spéciale qui lui est reconnue par l'article 240, il devient partie-principale. Cependant, comme les parties intéressées sont en cause, il ne sera pas nécessaire qu'il agisse par la voie de l'assignation, il se bornera à présenter une requête au tribunal et à la faire signifier à chacun des deux époux.

En vertu du rôle de partie-principale joué par lui, le ministère public pourrait, comme les autres personnes intervenantes, se pourvoir par toutes les voies de droit contre la décision rendue.

Le ministère public pourrait se trouver partie-jointe à la suite d'une intervention de la famille ou d'une demande d'un des époux, et il agirait alors valablement par voie de réquisition.

L'article 240 n'établit aucun ordre hiérarchique entre les diverses personnes auxquelles il confère le pouvoir de saisir le tribunal au sujet de l'administration provisoire des enfants. Chacune d'elles a le droit individuel de prendre l'initiative de l'action, sans s'inquiéter de savoir si celle qui la précède s'est abstenue. Le droit appartient à toutes concurremment et non successivement. Le ministère public pourrait agir le premier et sur ses réquisitions tendant à enlever au père la garde des enfants, un membre de la famille pourrait intervenir pour demander qu'elle lui fût confiée.

Les mesures provisoires, leur nom l'indique assez, sont essentiellement temporaires; elles ne sont jamais définitives, et par suite ne participent pas de l'autorité de la chose jugée.

Le tribunal comme aussi la cour, ont toujours la faculté de les modifier si l'état de choses qui existait lors de la première décision s'est transformé; leur modification peut être demandée à quelque phase que ce soit de la procédure (Tribunal de la Seine, 7 août 1896, *Pandectes françaises*, 96. 2. 336), de même que les personnes à qui la loi le permet, peuvent intervenir en tout état de cause (Paris, 17 juillet 1886, S. 88. 2. 129).

La Cour saisie pour la première fois d'une demande relative à la garde des enfants ne pourrait refuser de statuer, il n'y a pas là une demande nouvelle dans le sens de l'article 466 du Code de procédure, mais en quelque sorte une défense à l'action principale. Il peut se faire que des modifications à la situation des enfants soient nécessaires à ce moment seulement, et elles doivent être possibles (Cass., 17 novembre 1847, D. 47. 4. 157; Bruxelles, 9 mars 1874, *Pasicrisie belg.*, 1874. 2. 200).

L'ordonnance du président, on l'a dit, est exécutoire par provision, nonobstant les voies de recours dont elle est susceptible. Mais, en l'absence d'un texte formel, c'est une question controversée de savoir, d'une part, si le tribunal peut ordonner l'exécution provisoire de sa décision relative aux enfants, d'autre part, si l'effet suspensif attaché par l'article 248 au pourvoi en cassation formé contre les arrêts rendus en matière de divorce, s'applique même aux arrêts statuant sur les mesures provisoires.

L'opinion qui prévaut en jurisprudence et aussi en doctrine, est que le tribunal peut ordonner, même d'office, l'exécu-

tion, nonobstant appel, des mesures relatives à la garde des enfants, et que le pourvoi en cassation ne suspend pas l'exécution de l'arrêt sur le même objet (Paris, 21 janvier 1895, S. 97. 2. 137; Cass., req., 13 décembre 1899, D. 1900. 1. 134).

Cette théorie se soutient par les raisons suivantes. Les mesures provisoires ont toujours un caractère d'urgence extrême, à ce titre, elles impliquent une exécution immédiate, les termes « *pour la durée de l'instance* » de l'article 240, le disent suffisamment, et en suspendre l'exécution en cas d'appel ou de pourvoi en cassation, ce serait compromettre les intérêts de la femme et des enfants. On ne comprendrait pas au surplus, que l'ordonnance du président fût exécutoire par provision et qu'il en fût autrement pour le jugement du tribunal ou l'arrêt de la cour. Enfin, l'article 135-6° et 7° du Code de procédure, autorise bien l'exécution immédiate au moins pour la pension alimentaire et la garde des enfants, puisqu'il dispose que l'exécution provisoire pourra être ordonnée, lorsqu'il s'agira : « ... 6° *De nominations de tuteurs, curateurs et autres administrateurs...*, 7° *de pensions ou provisions alimentaires.* »

Dans une seconde opinion, on nie d'abord l'urgence de la modification apportée par le tribunal ou la cour aux mesures provisoires, du moins quand le président y a déjà pourvu. Mais on fait contre la solution de la jurisprudence une objection plus grave, c'est celle qui résulte de la disposition de l'article 135 du Code de procédure civile. Cet article énumère les cas dans lesquels l'exécution provisoire pourra être ordon-

née, et son énumération est certainement limitative, car c'est une règle générale que l'appel suspend l'exécution du jugement, et il faut un texte bien précis pour qu'il en soit différemment. Le doute est d'autant moins possible sur le caractère limitatif de cette disposition que l'alinéa final du projet permettait aux juges d'accorder, en outre, l'exécution provisoire dans toutes les autres affaires, mais avec caution, et que cet alinéa a disparu (Paris, 30 janvier 1889, *Gaz. des Tribunaux*, 12 février 1889). Le seul caractère d'urgence, en dehors des cas prévus par l'article 135 ne saurait autoriser l'exécution immédiate. « Pour être provisoire, un jugement n'est pas exécutoire par provision, nonobstant appel, s'il ne statue pas sur l'une des hypothèses prévues par la loi » (Cf. note de M. Tissier dans Sirey, sous Paris, précité). L'article 135 du Code de procédure est bien applicable pour la pension alimentaire octroyée à la femme, mais il est difficile de l'appliquer à la garde de l'enfant. L'administrateur dont il parle, est un administrateur quant aux biens, c'est celui qui est nommé par la justice dans des cas urgents où des intérêts pécuniaires sont en souffrance. La personne chargée du soin de l'enfant ne peut en aucune façon être assimilée à cet administrateur. Elle n'est pas davantage un tuteur ou un curateur.

Pour notre part, nous nous rallions, non sans hésitation pourtant, à l'opinion de la minorité, mais elle nous paraît respecter mieux le texte de loi, car il serait étrange que le législateur ait voulu attacher le bénéfice de l'exécution provisoire à toutes les décisions rendues en vertu des articles 238 et 240 et qu'il n'ait statué expressément que sur l'ordonnance du président.

Cependant, nous croyons devoir apporter à cette théorie une réserve qui en atténue largement les inconvénients. Nous admettons que le tribunal n'a pas le droit d'ordonner l'exécution immédiate des mesures concernant les enfants, mais nous pensons que l'effet suspensif du pourvoi en cassation formé contre un arrêt statuant sur le même objet, n'a pas ici de raison d'être. L'arrêt de cassation du 23 novembre 1891 (S. 92. 1. 18) portant « que l'effet suspensif s'applique indistinctement à tous les arrêts qui peuvent être frappés d'un pourvoi au cours d'une procédure de divorce », et qu'on prétendrait invoquer contre nous, ne paraît viser, comme l'a dit M. le conseiller Denis (D. 1900. 1. 134) que « les arrêts qui, comme les interlocutoires, font faire à une procédure de divorce en cours, un pas vers sa solution, et nullement les dispositions n'engageant pas la procédure et étant par leur objet sans influence sur le cours de cette procédure. Pour ces dernières, il n'y a aucune raison d'en suspendre l'exécution ».

Les mesures prises par le juge à la suite de l'essai de conciliation, sont soumises à une déchéance particulière que nous avons indiquée. Celles qui sont ordonnées par le tribunal, durent aussi longtemps que l'instance n'est pas périmée, sauf le droit de modification. Mais elles cessent dès qu'il y a eu réconciliation entre les parties et dans le cas où la demande a été rejetée définitivement. La péremption d'instance est assimilée soit à la réconciliation, si elle s'est produite par le fait volontaire des parties, soit au rejet de la demande, si elle est le résultat de la négligence ou de l'ignorance des plaideurs.

Avant le rétablissement du divorce, on avait reconnu au président du tribunal, le droit de statuer au début ou au cours d'une instance en séparation de corps, comme juge des référés, dans le cas d'urgente nécessité, sur les mesures provisoires et notamment sur la garde des enfants (Cass., 15 juillet 1879, S. 80. 1. 97). La loi de 1886 a étendu la compétence du président que lui reconnaissait la jurisprudence, en l'autorisant à ordonner, comme magistrat conciliateur, même en dehors du cas d'urgence, les mesures provisoires que comporte la situation. Le tribunal saisi, c'est à lui qu'il appartient de modifier ou de compléter les mesures antérieures, mais les pouvoirs du président sont-ils épuisés, ou ne conserve-t-il pas au moins, comme juge des référés en vertu des termes généraux de l'article 806 du Code de procédure, le droit de statuer sur la garde provisoire lorsqu'il y a urgence extrême?

On dit dans une première opinion, que l'article 806 du Code de procédure, s'applique seulement tant qu'un texte spécial n'y a pas dérogé, et que c'est précisément le but de l'alinéa 5 de l'article 238 du Code civil, qui, en prenant soin, dans sa partie finale, de maintenir la compétence du juge des référés pour la résidence de la femme, l'exclut implicitement pour les autres mesures (Huc, *Commentaire du Code civil*, t. II, n° 329; Curet, *Code du divorce*, n° 128; Paris, 10 janvier 1889, *Le Droit*, du 19 janvier 1889; Montpellier, 31 janvier 1895, D: 95. 2. 355).

Nous préférons la seconde opinion. En effet, déjà avant 1886, le tribunal pouvait être saisi des mesures provisoires,

et cependant on reconnaissait compétence au juge des référés même au cours de l'instance. Pour déroger à l'article 806 du Code de procédure, il faudrait un texte plus précis que celui qu'on invoque. L'argument *à contrario* qu'on prétend tirer de ce dernier texte n'est nullement probant. La disposition finale de l'article est purement énonciative et non limitative. Étant l'application du droit commun, elle doit recevoir l'interprétation extensive. En raison, d'ailleurs, on ne comprendrait guère le motif d'une solution différente. La femme pourra obtenir un changement de résidence par une simple ordonnance de référé, et les enfants seront obligés d'attendre une décision du tribunal, alors même que la condition qui leur est faite, met leur santé et peut-être leur vie en danger. Enfin, la résidence de la femme peut être liée à la garde des enfants, de telle sorte qu'en modifiant la première, le juge devra quelquefois statuer sur la garde des enfants. Mais le tribunal bien entendu, ne serait pas lié par l'ordonnance, et sa décision pourrait se substituer à celle du président (Garsonnet, *Traité de procédure*, t. VI, § 1371 ; Carpentier, t. II, n° 77 ; Depeiges, n° 78 ; Paris, 12 mars 1891, D. 92. 2. 567).

CHAPITRE IV

LE DROIT DE GARDE APRÈS LE DIVORCE.

Lorsque le divorce est prononcé, les époux sont à jamais déliés de l'obligation de vivre en commun. Chacun d'eux va avoir le droit de se choisir librement un domicile séparé ; le même toit cessera d'abriter à la fois, les conjoints et leurs enfants. Cette nouvelle situation rend impossible pour le père et la mère l'exercice de droits égaux et simultanés sur la personne de leurs enfants. Il va donc falloir régler la garde de ces derniers, comme on l'a fait durant l'instance quand les époux ont été séparés d'habitation.

Le droit de garde est un des attributs les plus importants de la puissance paternelle, si considérable que le législateur a cru pouvoir négliger les autres après avoir statué expressément sur le sort de celui-là après le divorce, au risque de donner lieu à bien des difficultés. Il l'a fait dans les deux articles 302 et 303, qui n'ont pas été modifiés depuis la confection du Code.

ART. 302. — *Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande*

de la famille ou du ministère public, n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce-personne.

ART. 303. — *Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.*

SECTION I

Principe.

Le principe auquel le tribunal doit se soumettre quand il statue sur le sort des enfants, en prononçant le divorce, est contenu dans cette première phrase de l'article 302 : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce. »

Obligée de choisir entre les deux parents, la loi a porté son choix sur celui qui semblait offrir le plus de garantie, sur l'époux innocent. Elle a présumé que celui-ci ayant été bon époux, sera aussi meilleur père, elle a pensé que l'époux coupable n'ayant pas su remplir ses devoirs vis-à-vis de son conjoint, remplirait mal ses devoirs d'éducation envers ses enfants. C'est surtout l'intérêt de ces derniers qui a dicté cette disposition, mais elle n'est pas exempte de quelque idée de récompense en faveur de l'époux qui a vu sombrer toutes ses espérances. Privé d'une affection sur laquelle il devait compter, il ne faut pas encore lui arracher ses enfants.

Ce principe est donc différent de celui applicable pendant le cours de l'instance, ce qui se conçoit aisément, car jusqu'au jugement définitif, on ne sait où sont les torts et le père doit toujours l'emporter. Mais il n'est pas absolu. L'intérêt de ceux qu'il s'agit de protéger prime tout. Cet intérêt, il est permis à certaines personnes désignées, de le faire apparaître au tribunal qui alors, pourra déroger à la règle s'il le juge à propos. L'époux coupable a peut-être toujours rempli d'une façon irréprochable les devoirs de la paternité : mauvais époux ne signifie pas toujours mauvais père ; il est peut-être plus apte que l'autre à assumer la charge de ses enfants, ceux-ci sont peut-être encore à la mamelle et il est indispensable de les laisser à la mère. Enfin ni le père ni la mère peuvent n'être dignes de confiance. Ces motifs, d'autres encore, sont suffisants pour permettre un règlement différent du droit de garde.

SECTION II

Personnes pouvant demander au tribunal de déroger au principe.

Les personnes qui ont la faculté de réclamer du tribunal une attribution de la garde contraire à la règle de l'article 302, sont d'après la loi, le ministère public et la famille.

Il n'y a rien de particulier à dire au sujet du ministère public. S'il s'agit avant la fin de l'instance, son rôle, au point de vue de la procédure, sera le même que s'il provoquait les mesures provisoires de l'article 240. Si au contraire, il agit

après le divorce prononcé, il intentera une action principale et il devra mettre en cause toutes les parties intéressées.

Malgré la mission confiée par notre texte aux magistrats du parquet, il est à craindre que les enfants d'époux divorcés, au moins quand les débats seront terminés, ne trouvent de ce côté qu'une protection inefficace. Le ministère public hésite toujours à s'immiscer dans les affaires privées, il ne le fait que dans des cas graves, et quand la rumeur publique parlant trop haut, il ne peut fermer ses oreilles au scandale. Puis, il faut le dire aussi à sa décharge, il lui est difficile de posséder tous les éléments d'appréciation de la cause, par l'impossibilité où il est de connaître la véritable situation des familles.

Le contrôle de la famille s'exercera plus fréquemment. Mais que faut-il entendre par famille ?

La détermination du sens de cette expression, employée nulle part ailleurs par le Code, donnait lieu autrefois entre les auteurs à des dissentiments qui semblent avoir disparu depuis la loi du 18 avril 1886.

Les uns voyaient dans ce mot, une réminiscence de l'assemblée de famille du décret révolutionnaire de 1792. Cette assemblée, telle qu'elle était organisée alors, aurait été maintenue dans cette hypothèse spéciale, mais elle n'aurait plus eu, comme durant la période intermédiaire, un pouvoir de décision propre, elle aurait pu seulement exposer ses vues au tribunal qui aurait décidé en dernier ressort. On n'apercevait pas qu'il y avait quelque chose d'étrange dans le maintien d'une institution organisée en aucun endroit du Code

civil, de telle sorte qu'il aurait fallu recourir à la législation révolutionnaire pour en connaître la composition. D'autre part, l'assemblée du décret de 1792 statuait à la fois sur le divorce, question principale, et sur la garde des enfants, question subsidiaire. Rien de plus logique ; pouvait-on concevoir au contraire que le Code qui repoussait l'arbitrage de cette assemblée pour le fond du droit, l'ait conservé pour l'accessoire.

« Que l'assemblée de famille, dit M. le conseiller Denis (*Gazette du Palais* des 2-3-4 avril 1893), qui, d'après la loi de 1792 devait être réunie pour arrêter le conflit entre les deux époux ou le régler, ait dû étendre sa protection sur les enfants et prononcer sur les mesures qu'elle commandait leur intérêt, rien de mieux ; mais que le Code civil, répudiant cette institution pour son but principal, l'ait maintenue seulement pour la sauvegarde des enfants, c'est ce qu'il est difficile de croire dans son silence. L'esprit des deux législations diffère du tout au tout ; celle de 1792 remettait la décision sur le fond du divorce à l'assemblée de famille dont elle faisait un juge ; le juge du principal était le juge naturel de l'accessoire ; il décidait également sur la garde des enfants. Le Code civil remet la décision au pouvoir judiciaire qui statue également sur les questions accessoires ; toute trace de l'assemblée de famille a disparu. C'est un organe à tous égards supprimé. »

D'autres, voyant l'impossibilité de prétendre à la survivance d'une institution disparue en raison du silence même gardé à son égard, donnaient au mot « famille » la significa-

tion de conseil de famille. C'était, d'après cette opinion, à ce conseil seul qu'incombait la charge de saisir le tribunal, soit par lui-même, soit par l'organe d'un représentant muni d'un mandat spécial à cet égard, car c'est lui seul qui représente les intérêts et les droits de cette collectivité qu'on appelle la famille.

Cette interprétation ralliait la majorité des auteurs en France avant 1886, elle est encore suivie par la doctrine et la jurisprudence belges (Laurent, t. III, n° 293).

D'après une autre opinion, il aurait fallu entendre par « la famille », toute réunion de parents, fût-elle composée de deux personnes (Vraye et Gode, t. II, n° 743).

Il y avait là, malgré le caractère bizarre de la proposition, un acheminement à la doctrine déjà défendue par quelques-uns, adoptée par certaines décisions judiciaires ⁽¹⁾, et dont le nouvel article 240 devait amener le triomphe.

Soutenir que le législateur avait eu en vue dans l'article 302, le conseil de famille, c'était lui faire employer une expression dont il ne se sert jamais pour désigner cette assemblée, c'était lui faire parler d'une institution qu'il n'avait pas encore créée, la loi du divorce étant antérieure au titre de la tutelle, « c'était placer la référence avant la chose. » Enfin, c'était rendre difficile sinon impossible l'intervention de la famille, au grand préjudice des intérêts de l'enfant. Un parent aurait toujours hésité à mettre en mouvement cet organe spécialement institué en vue de la tutelle. Il y aurait eu là encore une source

(1) Tribunal de la Seine du 27 janvier 1886, sous Paris, 17 juillet 1886, S. 88. 2. 129. — *Contrà*, Riom, 11 mai 1885, *Gaz. des Trib.*, 20 août 1885.

de frais considérables. Puis en faisant intervenir le conseil de famille, on lui permettait de prendre parti en faveur de l'un ou de l'autre époux avant que le tribunal ait prononcé, on autorisait un conflit possible entre lui et le pouvoir judiciaire.

Aussi, lorsqu'en 1886, on remplaça l'article 267 qui se servait du même terme que l'article 302, par le nouvel article 240, le rapporteur de la loi, M. Labiche expliqua que le sens donné par la jurisprudence belge n'était pas exact, et que pour faire cesser toute équivoque, on avait substitué aux mots « la famille », ceux-ci plus explicites « un des membres de la famille ». Mais ici, une objection est possible. La loi du 18 avril 1886 a bien modifié l'article 267, elle n'a pas touché à l'article 302 dont le sens doit rester le même. Cependant, en interprétant le premier texte, la loi nouvelle a par cela même interprété le second. Il paraît certain, en effet, qu'on ne peut pas donner deux interprétations différentes dans deux hypothèses voisines et qui tendent au même but. Cela est si vrai, que la plupart des auteurs ont abandonné leur manière de voir, et se sont rangés à l'opinion qui attribue le droit d'agir à un seul membre de la famille.

Ainsi, tout parent au degré successible ou non, pourvu que son titre soit certain, peut intervenir individuellement pour demander au tribunal soit de lui confier la charge de l'éducation des enfants, soit de la confier à une personne autre que l'époux innocent (Cass., 28 février 1893, S. 94. 1. 209).

Les parents qui interviendront le plus ordinairement, seront les ascendants des époux ou quelquefois leurs frères ou sœurs ; les parents plus éloignés, se montreront en général peu vigi-

lants. Comme dans l'hypothèse de l'article 240, cette intervention pourra se produire en tout état de cause, en première instance ou en appel, sans qu'on puisse opposer à l'intervenant devant la cour, la disposition de l'article 466 du Code de procédure civile, l'intérêt de l'enfant qui n'a pu se faire représenter en première instance devant dominer toute autre considération, et la décision à rendre n'étant pas susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée, ce que suppose la tierce-opposition (Cass., 28 février 1893, précité). Elle pourra également avoir lieu après le jugement de divorce, en raison du caractère provisoire des mesures concernant les enfants.

Bien qu'aucune forme ne soit exigée à peine de nullité pour l'intervention de la famille, nous croyons contrairement au sentiment de M. le conseiller Denis ⁽¹⁾, qui n'avait d'ailleurs pas à résoudre la question dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, qu'une femme mariée qui voudrait intervenir dans l'instance, devrait se pourvoir de l'autorisation maritale. Malgré la faveur de la cause, malgré l'absence de procès dans le véritable sens du terme, supposant un objet litigieux, un risque pécuniaire, il nous est difficile d'admettre que le mari n'ait pas voix consultative, pour un acte qui peut entraîner une modification dans la composition de la société dont il a le gouvernement. Il semble qu'il aurait le droit de refuser de recevoir chez lui l'enfant dont la garde serait confiée à sa femme. Si même on y regarde d'un peu près, l'initiative de la femme n'aura-t-elle pas des conséquences pécuniaires qui rejailliront

(1) Cf. le rapport précité.

sur le patrimoine commun? Tout acte judiciaire comporte des frais, et plus tard si les enfants lui sont confiés, la femme aura à prendre pour eux des engagements dont elle ne sera pas toujours sûre d'être tenue quitte. Mais bien évidemment, le défaut d'autorisation ne serait opposé valablement que par ceux à qui l'article 225 le permet.

Il apparaît bien que le droit de demander une dérogation au principe posé pour l'attribution de la garde, doit, en dehors du ministère public et de la famille, être reconnu à l'époux qui succombe dans l'instance. Pourtant certains infèrent du silence de l'article 302 à son égard, que la loi lui fait encourir ici une sorte de déchéance à titre de peine ; elle ne le considère plus comme digne de solliciter l'attention du juge sur ses enfants.

Une telle doctrine est en contradiction avec les articles 240 et 303. Le premier de ces textes confère formellement aux deux époux le droit de provoquer les mesures provisoires pendant l'instance, on ne voit pas la raison d'en décider autrement dans le cas présent. On répond, non sans une apparence de raison, qu'il n'y a pas encore à cette époque d'époux coupable. Mais au moment où celui-ci fera sa demande pour la garde définitive, le jugement ne sera pas encore prononcé contre lui, on ne saura pas encore s'il a ou non démérité. L'article 303 est plus concluant encore dans notre sens. Il confère catégoriquement aux deux époux, sans distinguer entre eux, le droit de faire modifier les mesures ordonnées par le tribunal : c'est la conséquence nécessaire de leur droit de surveillance. Or, il serait illogique de refuser à

l'époux indigne, avant le prononcé du jugement de divorce, un droit qui lui est accordé explicitement après. Le système que nous combattons, a surtout des défenseurs en Belgique, approuvés par la jurisprudence (Bruxelles, 26 janvier 1882. *Pasicrisie belg.*, 1882. 2. 205; Gand, 3 juillet 1887, *Rec. Smets*, 1888 p. 226).

En dehors d'une demande formée par l'une des personnes énumérées ci-dessus, le tribunal ne pourrait se faire d'office l'arbitre du sort des enfants : il devrait en confier la garde à l'époux innocent. Le principe de la loi est impératif, il doit être appliqué tant qu'une mesure différente n'est pas demandée. On invoquerait en vain l'article 240, permettant au tribunal de statuer d'office, il y a là une disposition exceptionnelle, dérogoire au droit commun, qui ne saurait être étendue d'un cas à un autre, car, c'est un principe que les tribunaux ne peuvent prendre une décision de leur chef sans y être sollicités par les intéressés, à moins qu'un texte formel ne les y autorise. Il n'aurait du reste servi de rien au législateur d'établir un principe, si le juge avait eu la faculté d'y substituer sa volonté propre (Montpellier, 4 février 1835, S. 35. 2. 218; tribunal du Mans, 11 août 1885; *Le Droit*, 15 novembre 1885; Bruxelles, 26 janvier 1882, précité. — *Contrà*, Riom, 11 mai 1885, *Gazette des tribunaux*, 20 août 1885).

On a cru trouver une difficulté spéciale d'application et une objection au refus de pouvoir propre au tribunal, dans l'hypothèse où le divorce est prononcé aux torts respectifs des deux parents. Si, dit-on, le tribunal ne peut statuer d'office à défaut de réquisitions soit des époux, soit du ministère public,

soit de la famille, à qui la garde sera-t-elle remise ? La solution est toute naturelle, il n'y a plus de motif pour préférer l'un des parents à l'autre puisqu'ils sont tous les deux également indignes, la garde restera à celui qui l'avait pendant le mariage, au père dont la situation ne changera pas (Huc, t. II, n° 423 ; Vraye et Gode, t. II, n° 741).

Enfin, si le jugement est muet, on appliquera encore les règles de la puissance paternelle qui ne seront en rien modifiées. L'inadvertance du tribunal ne peut permettre à l'époux ayant eu gain de cause, de se mettre de lui-même en possession des enfants, il lui appartiendrait seulement de saisir à nouveau la justice pour obtenir une décision à ce sujet.

SECTION III

Pouvoirs du tribunal régulièrement saisi d'une demande émanant des personnes désignées par la loi.

Le rôle du tribunal s'élargit singulièrement quand s'est produite l'intervention dont nous venons de parler. Au lieu d'être contraint d'appliquer purement et simplement le principe de la loi sans avoir aucunement la faculté d'y substituer son appréciation personnelle, il jouit désormais d'un pouvoir aussi absolu que possible : le règlement du droit de garde est laissé à son entière discrétion. Il n'a donc pas nécessairement à opter entre la requête qui lui est présentée et le principe légal, il peut adopter une solution intermédiaire si elle lui paraît plus sage (Cass., 24 novembre 1886, *Pandectes françaises*, 87. 1. 81). Il n'a plus pour guide que « le plus

grand avantage des enfants », c'est là la seule limite imposée à ses pouvoirs qui sont souverains et échappent à la censure de la Cour de cassation, car il s'agit en l'espèce d'une pure appréciation de fait.

Il est impossible d'énumérer toutes les mesures que pourra contenir le jugement, elles varieront à l'infini suivant les diverses circonstances de la cause ; nous noterons seulement les principales.

Ainsi, le tribunal confiera la garde à l'époux coupable, si tel est l'intérêt des enfants, et si d'ailleurs les faits qui ont motivé le divorce ne comportent chez cet époux aucune présomption d'oubli ou de négligence de ses devoirs paternels. On a vu par exemple, des enfants remis aux soins de leur mère, quoique le divorce ait été prononcé contre elle pour tentative de meurtre sur la personne de son mari (Paris, 20 octobre 1886, D. 88. 2. 101). L'intérêt de l'époux gardien pourrait aussi être pris en considération, notamment si la présence des enfants devait contribuer au rétablissement de sa santé.

Les deux parents sont-ils également indignes, le jugement remettra les enfants à une tierce-personne qui, le plus généralement, sera un membre de la famille intervenant et acceptant, car il est évident qu'on ne saurait lui imposer cette charge sans son assentiment. On est bien tenu d'accepter une tutelle, on n'est pas forcé d'accepter la garde d'enfants d'époux divorcés.

Rien ne s'opposerait non plus à un partage entre les époux, les enfants en bas-âge ou les filles étant attribués à la mère, les garçons ou les mineurs plus âgés, au père.

Nous signalons plus particulièrement, parce qu'elle a donné lieu à une difficulté portée devant la Cour de cassation, la combinaison consistant à donner la garde alternativement aux deux parents, pendant un temps déterminé. C'est une mesure assez souvent ordonnée et qui doit, comme l'a dit M. le conseiller Denis, être « assurée d'un acte approbatif de l'opinion ». Cependant on a soutenu qu'en autorisant les père et mère à recevoir alternativement et à conserver quelque temps auprès d'eux leurs enfants, les magistrats violaient l'article 302. En prescrivant que les enfants seront confiés, à défaut de réquisitions du ministère public ou de la famille, à l'époux qui a obtenu le divorce, ce texte ferait de la garde une sorte de droit indivisible et absolu auquel on ne saurait porter atteinte, pas plus qu'on ne peut limiter le droit de garde que le père tient de l'article 374. L'époux non gardien conserverait seulement le droit de visite et de conversation.

Si cette théorie est exacte pour la garde exercée pendant le mariage, si on ne peut apporter au droit du père aucune restriction, il n'en est plus de même après le divorce, la garde est en quelque sorte remise aux tribunaux qui la délèguent comme ils l'entendent et règlent en toute liberté le mode suivant lequel elle s'exercera.

Ni le père ni la mère ne sont déchus de leurs droits de puissance paternelle, et si l'un d'eux est préféré à l'autre dans le soin de la personne des enfants, c'est principalement parce qu'il y a impossibilité de conférer à tous deux les mêmes droits. La remise alternative des enfants à l'un et à l'autre, toutes les fois qu'elle est possible et ne doit pas nuire à la

direction morale, maintient donc dans une certaine mesure, leur égalité, et n'est contraire ni à la raison ni à la loi. (Cass., req., 28 février 1893, *Pandectes françaises*, 94-1-9; Cass., 1 mars 1897, S. 98. 1. 72).

En remettant l'enfant, d'une manière générale à la direction soit de l'un des époux, soit d'un tiers, le tribunal peut ordonner son placement, pendant un temps déterminé, ou jusqu'à sa majorité ou son établissement par mariage, dans une maison d'éducation qu'il désigne, régler les vacances de l'enfant et les visites des parents.

Toutes ces modalités que le droit de garde comporte après le divorce, peuvent aussi s'appliquer pendant le cours de l'instance, que la décision émane du président ou du tribunal, c'est pourquoi nous avons réservé ce point dans le chapitre précédent afin d'éviter les redites.

Nous pensons que, pas plus lors du jugement définitif que pendant la durée de l'instance, le tribunal ne serait lié par l'accord même certain des parties, relativement à la garde des enfants. Il devra bien évidemment le sanctionner de préférence, et se montrer peut-être dans ce cas, moins scrupuleux dans l'appréciation de l'avantage des enfants, mais s'il lui paraît que la convention est contraire au véritable intérêt des mineurs, il pourra y substituer d'autres mesures (Cf. Cass., 3 janvier 1893, S. 93. 1. 251).

SECTION IV

**Caractère révocable des mesures ordonnées
par le tribunal.**

Si l'attribution de la garde et les mesures accessoires qui en sont la suite, contenues dans le jugement de divorce, sont en principe destinées à recevoir leur exécution jusqu'à la majorité des enfants, elles ne participent pas comme la décision rompant le lien légal qui unissait les époux, de l'autorité de la chose jugée. Ces mesures seront rétractées par le tribunal, toutes les fois que des circonstances fortuites et imprévues venant à se produire, l'intérêt des enfants commandera leur modification (Cass., 25 août 1884, S. 84. 1. 424 ; Cass., 15 décembre 1896, D. 97. 1. 420 ; Rouen, 7 juin 1899, D. 1900. 2. 287). C'est en ce sens qu'on dit que ces mesures sont essentiellement provisoires, nous préférons employer l'expression de « révocables », car elles seront bien définitives, si l'état de fait existant lors du divorce se maintient jusqu'à la fin.

Il n'est pas nécessaire que les juges se soient réservé le droit de révocation pour qu'ils puissent en user, mais il leur faut pour cela des motifs sérieux ; en leur absence, ils se refuseront à modifier leur première décision. La protection physique et morale des enfants qu'ils avaient cru assurer est-elle compromise ? ils régleront la garde autrement. Les circonstances nouvelles n'offrent-elles au contraire aucun danger à ce double point de vue ? ils laisseront subsister l'état de choses

antérieur. Il est impossible d'entrer dans le détail des faits dont l'appréciation est encore ici souveraine pour les tribunaux. Des arrêts décident par exemple, que le second mariage de l'un des époux ne saurait en lui-même et sans autre allégation, être une raison suffisante, soit pour retirer la garde à cet époux, soit pour modifier ses rapports avec ses enfants (Paris, 26 juillet 1887, *Rec. périod. proc. civ.*, 1887, p. 408).

L'accord des parties ne porterait pas atteinte au droit de modification des tribunaux, car cet accord tire sa force plus du jugement qui l'a sanctionné que de la volonté des parties, et surtout, il ne s'agit pas d'une véritable convention, s'imposant comme celles d'ordre pécuniaire au respect des contractants. Le principe qui domine toute cette matière, c'est l'avantage des enfants et on ne peut le restreindre par aucun accord (Cass., 4 juillet 1893, S. 93. 1. 424).

Quelquefois, le tribunal se réserve lui-même ce droit de rétractation, soit d'une manière générale, ce qui n'est qu'une affirmation de ses pouvoirs, soit en statuant seulement temporairement pour une période déterminée, et en obligeant les parties à revenir devant lui à l'expiration de ce délai afin qu'il soit statué à nouveau.

Toutes les personnes dont l'intervention est autorisée pendant le cours de l'instance, le ministère public, la famille, le père et la mère, pourraient solliciter la modification qu'elles jugeraient nécessaire.

SECTION V

**Tribunal compétent pour modifier
les mesures primitives.**

Le tribunal compétent pour connaître de la rétractation des mesures concernant les enfants, est celui qui a prononcé le divorce. On assimile cette rétractation à une difficulté relative à l'exécution du jugement, d'où il résulte que les juges qui ont rendu la décision primitive, doivent seuls l'interpréter, la rectifier ou la compléter, selon les règles posées par les articles 472 et 554 du Code de procédure civile. Ce motif légal se renforce de cette autre considération, que les magistrats devant qui ont eu lieu les débats, éclairés entièrement sur la situation respective des époux, sur leurs torts comme sur leurs mérites, sont mieux à même que d'autres d'examiner avec justesse, les circonstances nouvelles exigeant leur intervention. On aurait encore eu à craindre, en adoptant une solution différente, que le gardien ne changeât arbitrairement de domicile pour rendre difficile l'exercice du droit de contrôle. On n'aura donc pas à s'inquiéter de ce changement, puisque le tribunal compétent restera toujours le même.

En vertu de ces principes, on décide que la Cour d'appel ayant infirmé un jugement de première instance et prononcé le divorce, pourrait seule statuer sur les modifications à apporter à son arrêt. Il est vrai que dans cette hypothèse on arrive à supprimer un degré de juridiction.

Peu importe que le juge compétent pour effectuer ces modifications, ait ou n'ait pas fait de réserves afin d'user éventuellement de ce pouvoir.

Mais quelquefois, le jugement ou l'arrêt statue pour une période déterminée et se réserve le droit de prendre une nouvelle décision à l'arrivée du terme fixé. Un arrêt, rendu sur une séparation de corps, contenait ainsi une attribution temporaire de la garde, et avait omis de donner aucune indication pour l'époque postérieure à la date indiquée. A ce moment, les parties revinrent devant la cour afin d'obtenir un nouveau règlement touchant les enfants, mais la cour vit dans cette prétention une demande nouvelle soumise aux règles ordinaires de la procédure, l'arrêt ayant produit tout son effet, et ne s'agissant plus d'une difficulté relative à un incident d'exécution (Nancy, 26 janvier 1884, D. 86. 2.83).

Si les règles précédentes sont exactes, il nous est difficile de nous ranger à cette doctrine. Que la cour, en effet, après avoir pourvu au sort des enfants pour un certain nombre d'années, se soit réservée de statuer pour un avenir ultérieur à l'expiration de ce délai, sa compétence n'aurait pas pu être contestée. Or, la cour ne doit-elle pas statuer pour jusqu'au moment où la garde prendra fin normalement; en le faisant seulement pour un temps déterminé, les réserves qu'elle pouvait exprimer explicitement, ne sont-elles pas implicitement contenues dans sa décision?

En dehors du tribunal et de la cour, le juge des référés aurait compétence dans les cas d'extrême urgence pour connaître des difficultés relatives à l'exercice soit du droit de

garde, soit du droit de surveillance et de visite (Rouen, 7 juin 1899, D. 1900. 2. 287). C'est le droit commun, et il est encore plus nécessaire de le consacrer après le divorce que pendant l'instance. On ne peut plus invoquer la disposition de l'alinéa 5, *in fine* de l'article 238, car la situation n'est plus la même. Du reste, la décision du président du tribunal ne produira son effet qu'à titre provisoire, en attendant un jugement du tribunal.

SECTION VI

Voies de recours.

Le jugement de divorce peut être attaqué aujourd'hui par toutes les voies de recours du droit commun : l'opposition, l'appel, le pourvoi en cassation, la requête civile.

Mais, en raison même de la nature de la décision qui touche à l'état des personnes, il fallait prendre certaines précautions, d'une part, pour qu'une personne ne vît pas modifier son état, à son insu et trop à la légère, et d'autre part pour qu'à la faveur de deux décisions contradictoires, des bouleversements successifs ne fussent pas apportés à cet état, au préjudice de droits qui auraient paru légitimement acquis. Il ne fallait pas que le divorce étant prononcé, l'un des époux pût contracter un second mariage, avant que tous les degrés de juridiction aient été épuisés et que la dissolution du mariage fût devenue tout à fait irrévocable.

C'est pourquoi ces voies de réformation par lesquelles on

attaquera et le jugement de divorce et les mesures accessoires qu'il contient, sont soumises à des règles spéciales.

L'opposition doit être formée dans le mois de la signification du jugement, si elle a été faite à personne. Dans le cas contraire, le président du tribunal, sur simple requête, ordonne l'insertion dans les journaux qu'il désigne, d'un extrait du jugement, afin de faire connaître au défendeur la décision intervenue contre lui : l'opposition est alors recevable dans les huit mois qui suivent le dernier acte de publicité prescrit par le président.

Par l'opposition, le jugement tombe entièrement, tout est remis en question. Les mesures accessoires qu'il a prises au sujet des enfants, ne peuvent pas non plus recevoir leur exécution. Celles qui s'appliqueront, seront celles ordonnées par le président au début de l'instance, sauf le droit de modification du tribunal.

L'appel, conformément au droit commun, est recevable pour les jugements contradictoires, dans le délai de deux mois à partir de la signification fixé par le Code de procédure, et pour les jugements par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable. Mais le délai de l'appel et non pas seulement l'appel interjeté, est suspensif de l'exécution.

Cette dernière règle s'applique certainement à la disposition principale qui prononce sur le fond du droit, mais est-elle aussi applicable aux mesures accessoires? En d'autres termes, le tribunal peut-il prescrire l'exécution provisoire de sa décision, en ce qui concerne seulement ces dernières? Nous avons admis qu'il n'en aurait pas le droit pour les me-

sures provisoires destinées à être exécutées jusqu'à la fin de l'instance. Il doit en être de même pour la partie du jugement définitif réglant le droit de garde. Le caractère d'urgence qu'on veut reconnaître aux mesures provisoires afin d'en permettre l'exécution malgré l'appel, et au mépris de l'article 135 du Code de procédure civile, n'existe plus au regard de la garde définitive. Tant que le divorce ne sera pas un fait accompli et irrévocable, les mesures prises pendant le cours de l'instance se perpétueront, et suffiront à la sauvegarde des intérêts des enfants, d'autant qu'en cas d'urgence extrême, le juge des référés resterait compétent.

Il s'agit ici d'un jugement définitif dont toutes les parties sont solidaires et indivisibles, la disposition prononçant le divorce ne saurait avoir un effet suspensif, tandis que la disposition relative aux enfants serait exécutoire nonobstant appel, il y a entre ces deux dispositions un lien étroit, de telle sorte que la seconde est la conséquence de la première. La preuve s'en trouve dans le principe de l'article 302, qui prescrit aux juges de remettre les enfants à l'époux qui a obtenu le divorce; sur l'appel, les torts peuvent être appréciés différemment, et il faudra régler la garde autrement, pour la faire concorder avec la nouvelle décision sur le fond (*Contrà*, Paris, 21 janvier 1895, précité).

Le délai pour se pourvoir en cassation est de deux mois. Il court du jour de la signification à partie pour les arrêts contradictoires, et pour les arrêts par défaut du jour où l'opposition n'est plus recevable. C'est le droit commun. La dérogation consiste en ce que le pourvoi est suspensif.

Nous sommes d'avis que l'effet suspensif serait applicable au jugement tout entier, à la partie principale comme à la partie accessoire, en raison du caractère indivisible que nous lui reconnaissons, et à la différence de ce qui aurait lieu pour l'arrêt spécial à une mesure provisoire, rendu pendant l'instance (Besançon, 1^{er} juin 1885, D. 86. 2. 64).

On ne dira rien de la requête civile soumise qu'elle est aux règles ordinaires. On avait proposé de supprimer cette voie de recours, en matière de divorce, peut-être aurait-on bien fait, mais comme aucun texte n'en prononce la suppression, elle doit être considérée comme subsistant toujours.

Le jugement postérieur au divorce qui modifierait ou compléterait les mesures primitives, serait valablement attaqué par toutes les voies de recours que nous avons indiquées. Mais les dérogations qui concernent le jugement définitif, n'auraient plus de raison d'être et le droit commun reprendrait entièrement son empire.

SECTION VII

Moyens d'assurer l'exécution des mesures intéressant les enfants.

Les moyens susceptibles d'être employés pour obtenir l'exécution de l'ordre de la justice au sujet de la garde des enfants, sont les mêmes, qu'il s'agisse des mesures destinées à durer seulement jusqu'à la fin de l'instance, ou de celles destinées à produire leur effet après le divorce. Ce que nous

allons dire s'applique donc à la garde provisoire comme à la garde définitive.

Il faut supposer, pour donner un sens à notre proposition, que l'époux ayant les enfants sous sa direction, refuse de les remettre soit à l'autre époux, soit au tiers auquel le tribunal les a confiés. Comment vaincra-t-on la résistance de cet époux ?

Trois moyens, avec une variante pour l'un d'eux, ont été appliqués par la jurisprudence :

1° L'emploi de la force publique.

2° La condamnation du récalcitrant à des dommages-intérêts.

3° La saisie de ses revenus.

L'emploi de la force publique, de la *manus militaris* ne présente aucune espèce de difficulté. Il est incontestable, que l'huissier chargé de la signification du jugement et de son exécution, pourrait requérir l'intervention du commissaire de police et même de la force armée pour se faire remettre les enfants. Rien n'est plus légal.

Ce procédé ne soulève même pas la critique, dirigée contre son emploi à l'égard de la femme qui refuse de réintégrer le domicile conjugal. On ne peut pas dire qu'il est destiné à produire seulement un effet passager, car il est certain que l'impossibilité de retenir d'une manière durable la femme chez son mari, n'existe pas pour les enfants : il est beaucoup plus facile à la personne qui a ceux-ci sous sa surveillance directe de les garder chez elle, et du reste ce sera bien rarement eux qui s'opposeront à l'exécution de l'ordre du juge.

Cependant, si ce moyen est efficace, il n'est pas toujours possible. Les enfants peuvent avoir été cachés et on ignore le lieu de leur retraite, ou bien ils ont été emmenés ou placés à l'étranger, et les pouvoirs des fonctionnaires chargés de prêter main-forte pour l'exécution de la loi, expirent à la frontière.

On a donc cherché d'autres moyens de sanctionner le jugement. Disons tout de suite que leur légalité est très contestable.

La condamnation du conjoint réfractaire à des dommages-intérêts, constitue l'un de ces moyens. Elle peut avoir lieu sous deux formes différentes, souvent confondues par la jurisprudence, mais aussi parfois parfaitement distinctes, et dont l'une semble se présenter sous une apparence légale.

Tantôt, on condamne purement et simplement la personne chargée de la remise des enfants au bénéficiaire du jugement, à payer une certaine somme d'argent fixée pour chaque jour de retard dans l'exécution, et on n'essaie pas de justifier cette condamnation (Tribunal de la Seine, 23 juillet 1885, *Gazette des Tribunaux* du 4 août 1885). Qu'on le veuille ou non, il y a là une véritable peine prononcée par les tribunaux en dehors des cas autorisés par la loi, et par conséquent sans aucun droit.

Tantôt, on masque ce moyen de contrainte sous un raisonnement basé sur l'article 1142. On dit que l'époux récalcitrant est tenu d'une obligation de faire, et que l'inexécution ou le retard dans l'exécution d'une semblable obligation se résout en dommages-intérêts. En déterminant à l'avance la

somme à payer en cas d'inexécution de l'obligation, les juges évaluent seulement par anticipation le préjudice possible (Cass., 18 mars 1878, S. 78. 1. 193; Cass., belg., 15 mars 1883, S. 83. 4. 23; Cass., 8 juin 1896, *Pandectes françaises*, 97. 1. 95).

Même sous cette forme, la condamnation à des dommages-intérêts n'est pas sans faire naître de vives protestations. L'article 1142, en effet, est relatif à une obligation née à propos de droits pécuniaires. Il est étranger à notre hypothèse. Peut-on sérieusement soutenir qu'il y a ici, un débiteur et un créancier? L'obligation dont il s'agit correspond à un droit de puissance et non à un droit de créance. Les deux éléments servant de base à l'évaluation des dommages et intérêts font également défaut. Où est la perte éprouvée par le père ou la mère à qui on refuse de remettre les enfants? Quel est le gain dont il a été privé? Il n'y a ni *damnum emergens*, ni *lucrum cessans*. L'obligation n'a pas été imposée en faveur du pseudo-créancier, mais dans l'intérêt des enfants; s'il y a un dommage souffert, c'est par eux seuls, le montant de la condamnation devrait leur être attribué, et dans ce cas, l'article 1142 ne peut plus être invoqué (Garsonnet, t. III, p. 458).

L'erreur du raisonnement apparaît bien davantage encore, si le bénéficiaire du jugement au lieu d'être un des auteurs de l'enfant, est un tiers, étranger ou membre de la famille. Il n'a pas la puissance paternelle, et la garde sera pour lui une charge non un bénéfice : la résistance du gardien de fait ne lui causera donc aucun préjudice. Si l'ordre de remise des enfants constitue pour celui auquel il est adressé une obliga-

tion de faire dans le sens de l'article 1142, le bénéficiaire quel qu'il soit, doit avoir droit à des dommages-intérêts au cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution, car la nature d'une obligation ne change pas avec la qualité de la personne au profit de qui elle existe, et la sanction reste la même. Cependant, peut-on admettre que la décision attribuant la garde à une tierce personne soit pour celle-ci, par la résistance de l'un des conjoints, la source d'un profit? Refusera-t-on d'appliquer la sanction proposée, dans cette hypothèse? Il faut, afin d'être logique, la repousser aussi dans les autres (En ce sens, Cass. belg., 19 janvier 1882, S. 82. 4. 19).

Le dommage, s'il y en a un, sera souffert par les enfants. Ce sera un dommage matériel quelquefois, moral surtout, par les exemples et les conseils pernicieux qui leur seront donnés, par le mépris qu'on leur enseignera de la loi et de la justice. Mais un dommage ne leur sera pas toujours forcément causé, il peut se faire que le parent qui les retient, comprenne, malgré sa faute, ses devoirs d'éducation paternelle, et les remplisse avec tout le soin désirable. Pour nous, bien que la légalité de ce moyen nous paraisse encore douteuse, nous préférierions voir attribuer le montant des dommages-intérêts aux enfants en réparation du préjudice éprouvé par eux seuls. Seulement, nous le ferions non pas en vertu de l'article 1142, car s'il y a obligation de faire, elle n'est pas née vis-à-vis des enfants qui n'en sont que l'objet, mais en vertu de l'article 1382.

Un arrêt de la cour de Bordeaux du 16 mars 1894 (*La Loi*, des 14-15 septembre 1894) pourrait être un acheminement

à cette théorie. On y trouve, en effet, cette affirmation que la résistance aux prescriptions du jugement conférant la garde, a les caractères d'un quasi-délit. Toutefois, la cour s'autorise bien de cette idée de quasi-délit pour user de moyens de coercition destinés à obtenir l'exécution de l'obligation qu'elle déclare non susceptible d'être éteinte autrement que par l'accomplissement de l'acte, — ceci est encore une différence avec l'obligation de faire de l'article 1142 —, elle ne prononce pas comme nous le voudrions, les dommages-intérêts au profit de la véritable victime du quasi-délit.

Le dernier moyen de sanction mis en œuvre par la jurisprudence est encore plus arbitraire, plus en opposition avec tous les principes de notre droit. Il consiste dans la saisie-arrêt des revenus du conjoint récalcitrant. Or, nous demandons à nouveau où est la dette autorisant une semblable saisie ?

Tout exploit contenant entre les mains d'un tiers, opposition au paiement de ce qui est dû au débiteur saisi, doit énoncer le montant de la somme pour laquelle l'opposition est faite. Quelle somme d'argent indiquera-t-on dans ce cas ? Si on en indique une, ce ne pourra être qu'une somme fictive et ne répondant à aucune dette véritable. Une saisie-arrêt ne peut de plus, être pratiquée que pour l'exécution d'une obligation de somme d'argent ou du moins susceptible de se transformer en un équivalent pécuniaire, non pour obtenir indirectement l'obéissance à une sentence judiciaire. Les véritables créanciers auraient, croyons-nous, juste motif de se plaindre d'un procédé qui les dépouille d'une part notable

de leur gage au profit d'une personne sans droit aucun sur ce gage.

Les tribunaux manifestent sans doute par là, leur volonté de ne pas laisser tomber dans le vide l'ordre émané d'eux, mais quel que soit l'intérêt privé et social attaché à la stricte exécution de leurs décisions, ils n'y puisent pas une raison suffisante pour se substituer au législateur et faire en quelque sorte du droit prétorien.

La saisie ne serait légitime qu'au cas où on admettrait la condamnation à des dommages-intérêts par application soit de l'article 1142, soit de l'article 1382, et afin d'en obtenir le recouvrement à défaut de paiement volontaire par le débiteur.

L'illégitimité de ce moyen hors ce cas, serait au besoin démontrée par la contradiction de la jurisprudence qui en permet l'usage contre la femme et refuse de l'appliquer au mari, sans qu'on voie aucune raison de distinguer entre les deux.

Le parent ainsi privé de la garde de ses enfants par la résistance de son conjoint, aurait incontestablement le droit de se refuser à contribuer aux frais d'entretien qui lui incombent, mais ce sera là une contrainte indirecte d'un bien faible secours, car le gardien de fait ne résistera le plus souvent qu'autant que sa fortune lui permettra de faire face seul, aux dépenses d'éducation, et il ne se risquera pas à une demande qu'il saurait d'avance devoir être repoussée.

SECTION VIII

Pouvoirs du gardien.

Les pouvoirs du gardien sont limités aux soins exigés par la personne physique de l'enfant, et à sa direction morale. Souvent, quand ce sera le père ou la mère, les pouvoirs du gardien seront plus étendus, mais ce sera une conséquence de la puissance paternelle subsistant toujours et non du droit de garde.

Le gardien a donc la charge de pourvoir à la subsistance du mineur et de lui fournir toutes les choses nécessaires au maintien de son existence, il doit lui donner les aliments et l'entretien. Il a en second lieu la charge, sous le contrôle des père et mère, de diriger et de surveiller l'éducation de l'enfant. Il peut le mettre en pension, si ce point n'a pas été réglé par le tribunal, et lui faire donner une instruction en rapport avec sa situation sociale, il devrait en tout cas, se conformer à la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire.

On s'est demandé quels étaient les pouvoirs du gardien au point de vue religieux, et s'il pourrait faire changer de religion à l'enfant. Ou bien l'enfant, à sa naissance, a reçu la consécration de telle ou telle religion, et alors le gardien continuera à l'élever dans cette religion, ou bien l'enfant est resté détaché de tout culte, et le gardien ne pourra pas sans l'assentiment des parents lui imposer une religion de son choix.

Changer la religion d'un enfant, ou même simplement la lui choisir, est un acte grave qui relève directement de la puissance paternelle est dont nuls autres, hormis les parents, ne doivent être juges. C'est si bien un droit de la puissance paternelle, qu'on a vu dans la convention passée entre deux époux de confessions différentes et en vertu de laquelle les enfants devraient être élevés dans une religion déterminée, suivant leur sexe par exemple, une atteinte à l'article 1388.

Sans doute, la puissance paternelle est ébranlée puisqu'on en a détaché le droit de garde, mais on doit toujours restreindre et non étendre les dérogations à cette puissance. Sans doute encore, le droit de garde comporte le droit d'éducation, et le choix de la religion qui possède au plus haut degré une vertu éducatrice et moralisatrice, constitue une part notable de ce droit. Mais, le gardien n'est pas tout puissant dans l'exercice du droit d'éducation, il est soumis au contrôle des père et mère de l'enfant. Il doit s'efforcer de diriger l'éducation de l'enfant, suivant son origine, suivant le milieu social où il est né et où il est appelé à vivre, il ne peut pas changer à lui seul l'orientation première donnée à cette éducation. Le changement de religion séparerait souvent l'enfant de l'ensemble de sa famille, il creuserait entre elle et lui un fossé profond, il constituerait de la part du gardien un véritable abus (Cf. Cass., 9 juin 1857, D. 57. 4. 401).

De même, le choix de la profession ne saurait être abandonné à la volonté du gardien. Celui-ci doit faire donner à l'enfant une instruction conforme à ses aptitudes, en tenant

compte aussi du vœu des parents, il ne pourrait de sa propre autorité imposer une profession au mineur.

C'est pour ces questions délicates entre toutes, que s'exercera utilement le droit de surveillance des père et mère (Cass., 9 juin 1857, précité). Cependant, le tribunal auquel ils auront recours, devra s'abstenir de donner directement son avis, il excéderait ses pouvoirs en obligeant le gardien à élever les enfants dans une religion déterminée ou à leur faire embrasser une profession donnée. Conçoit-on un arrêt de justice pénétrant dans le domaine de la conscience et imposant de sa seule autorité telles ou telles pratiques religieuses? Il se contentera soit de maintenir la garde à celui qui la possède, s'il ne voit aucun abus à lui reprocher, soit de conférer l'éducation des enfants à une personne qu'il croira plus respectueuse de la volonté des parents et du réel intérêt des pupilles.

Le gardien aurait incontestablement le droit de surveiller et de régler les relations de l'enfant avec des personnes étrangères : il est juge de la bonne ou mauvaise influence de certaines fréquentations sur l'esprit de l'enfant. Il en serait autrement, s'il s'agissait de la famille. Déjà durant le mariage, le droit du père, si absolu qu'il soit ne va pas jusqu'à pouvoir empêcher tout contact de ses enfants avec leurs ascendants (Trib. de la Seine, 7 nov. 1895, *Le Droit* des 9-10 décembre 1895). A plus forte raison, le tiers ou le parent investi de la garde, dont les pouvoirs sont plus fragiles, mésuserait de son droit en restreignant les visites non-seulement des ascendants du premier degré, mais encore celles d'autres membres de

la famille, à moins qu'il ne fit que se conformer à un ordre judiciaire.

En ce qui concerne la correspondance, le père de famille a un droit certain de contrôle et de surveillance sur les lettres écrites et reçues par son enfant mineur, il peut les intercepter, les détruire ou les conserver. C'est là un droit qui s'exerce sans restriction et qui fait partie intégrante du droit de garde et d'éducation. Ce rôle de surveillance sur la correspondance de l'enfant est exercé par la mère quand elle remplace le mari dans la puissance paternelle, soit après la mort de celui-ci, soit même de son vivant. Le même pouvoir appartient au tuteur chargé à la fois de la garde de la personne et de la gestion du patrimoine du pupille. Enfin on admet généralement que ce droit passe par voie de délégation, au chef de la maison d'enseignement où l'enfant a été placé. Il faut reconnaître aussi un pouvoir identique à la personne, même étrangère, à qui la garde a été confiée après le divorce : elle est substituée au père et à la mère pour l'accomplissement du devoir d'éducation, elle doit avoir les moyens destinés à lui en faciliter l'exercice.

Un arrêt de la Cour de Rouen du 7 juin 1899 (D. 1900. 2. 287) consacre ces principes au profit du père investi de la garde, mais il fait cependant une distinction entre la correspondance avec les grands-parents et la correspondance avec la mère. Tandis qu'il déclare la première soumise au contrôle du père, il autorise le libre exercice de la seconde.

Une semblable distinction étonne au premier abord et ne se comprend guère. Il peut y avoir des cas où la liberté de cor-

responsabilité avec l'époux coupable est dangereuse pour l'enfant. Mais la cour a sans doute pensé que la mère possédant le droit de surveillance, il y avait dans l'inviolabilité de sa correspondance avec ses enfants un moyen de lui rendre plus facile son droit de contrôle, et qu'en décider autrement, c'était en restreindre l'exercice, car si les enfants ne peuvent la mettre librement au courant des actes de leur existence, elle connaîtra difficilement les abus du père pour en demander la cessation.

Celui sous la garde duquel a été placé l'enfant, répondrait comme le père et la mère des délits ou quasi-délits commis par le mineur. Cette responsabilité a sa source dans l'article 1384 ; elle serait remplacée par celle du maître de pension, si l'enfant avait été mis dans un établissement d'enseignement. Cependant, tandis que les père et mère et le maître de pension, sont présumés en faute, nous admettrions assez volontiers, les textes qui édictent une responsabilité devant s'interpréter restrictivement, qu'il faudrait établir préalablement l'existence d'une faute à la charge du gardien, comme par exemple le défaut de surveillance.

SECTION IX

Droit de surveillance des père et mère.

« Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants... »

En s'exprimant ainsi, l'article 303 dit assez qu'en perdant la garde, les père et mère ne perdent pas tous leurs droits sur l'éducation de leurs enfants, et que la mesure les dépouillant de cet attribut de la puissance paternelle, ne leur enlève pas entièrement les droits qu'il contient.

Cette disposition nous dit encore que les pouvoirs du gardien quel qu'il soit, en matière d'éducation, ne sont pas sans limites, qu'il doit respecter le vœu unanime des père et mère et s'inspirer de leurs indications dans la direction générale à donner à cette éducation.

Ce droit de surveillance consacré expressément au profit des parents, ne saurait leur être enlevé par la justice, les juges auraient seulement le droit pour éviter les conflits d'en régler l'exercice, c'est ce qu'ils font le plus ordinairement en réglementant les visites. A plus forte raison, le gardien ne devrait rien tenter pour l'entraver.

Ainsi, la Cour de Paris décida avec juste raison, que le refus par le chef de l'établissement où les enfants avaient été placés, de les laisser voir à leur mère, constituait une atteinte au droit de surveillance, et que les enfants devaient être retirés de cet établissement, pour être placés ailleurs par les soins du père constitué gardien. « Le maintien des enfants dans cette maison, dit l'arrêt, serait la négation des droits de surveillance qui ont été maintenus à la mère par la loi civile. » (Paris, 15 avril 1886, S. 86. 2. 182).

Le droit de surveillance implique en effet nécessairement le droit de visite, car comment l'époux qui n'a pas obtenu la garde pourrait-il se rendre compte autrement de la façon

dont les enfants sont élevés? Il ne serait pas besoin du reste de réserves spéciales dans le jugement conférant la garde, le principe est écrit dans la loi même (Cf. Cass., 24 juillet 1878, S. 79. 1. 424).

Un arrêt récent de la Cour de cassation, du 7 mai 1900 (*J. du Palais*, 1901. 1. 12) décide pourtant que l'époux non gardien peut être privé complètement du droit de visite. Il y a là à notre avis, une atteinte portée à l'article 303, car si l'époux est dépouillé du droit de voir les enfants, il lui sera difficile d'exercer son droit de contrôle.

La sanction attachée au droit de surveillance, consiste d'abord dans la présentation d'observations à celui qui est chargé de la direction, moyen qui produira rarement un effet utile, ensuite dans le recours aux tribunaux, ce sera le moyen le plus efficace, mais devant lequel on hésitera toujours.

Le tribunal appréciera souverainement les griefs du demandeur, et s'ils lui paraissent justifiés, il modifiera les mesures primitivement ordonnées par lui, dans le cas contraire, il les maintiendra. C'est donc lui, qui en définitive aura le dernier mot, il agira en médiateur, en conciliateur entre les parties adverses, mais il devra toujours se laisser guider par cette idée maîtresse, « le plus grand avantage des enfants. »

Appendice. Du domicile.

L'article 108 dans son alinéa 2, nous apprend que : « Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur. » Rien n'est plus rationnel; soumis au droit

de garde, et au droit d'administration, ne pouvant disposer ni de sa personne ni de ses biens, on ne concevrait pas que le mineur non émancipé pût avoir, pendant la durée du mariage, un domicile autre que celui de ses père et mère.

Mais après le divorce, l'unité de domicile entre les deux époux, conséquence nécessaire du mariage, n'existe plus. Chacun d'eux est libre de s'établir où il lui plaît : il ne peut plus y avoir désormais de domicile conjugal, il y aura deux domiciles distincts et séparés. Où donc alors sera domicilié le mineur ? Il ne peut l'être à la fois chez l'un et chez l'autre, le principe du domicile unique pour tout Français, s'y oppose. Il peut de plus, n'habiter ni avec son père, ni avec sa mère, étant confié à une tierce-personne, sera-ce chez cette dernière que sera son principal établissement ?

Écartons tout d'abord cette hypothèse. Le tiers chargé de la garde, n'est pas un tuteur, il est même difficile de lui reconnaître avec l'administration de la personne de l'enfant, l'administration des biens. Dès lors, si on s'en tient au texte de l'article 108, on ne peut avoir d'hésitation qu'entre le père et la mère (*Contrà*, Willequet, p. 270).

Avant de nous prononcer entre l'un ou l'autre, il convient de remarquer que pour la détermination du domicile d'une personne, le Code se réfère plus à l'endroit où est le siège de ses intérêts pécuniaires, qu'au lieu de son habitation. De même, à l'égard du mineur, la loi pour fixer son domicile s'inquiète davantage de savoir quel est son représentant légal, qui a l'administration de son patrimoine, que de savoir avec qui il réside. « Il a, dit-elle, son domicile chez ses père et

mère, ou *tuteur* ». Or, il arrive quelquefois que le survivant des père et mère ayant refusé la tutelle, ou s'en étant fait excuser, ou même son exclusion ou sa destitution ayant été prononcée, l'enfant n'en continue pas moins à habiter avec lui, malgré la nomination d'un autre tuteur, et cependant son domicile sera chez ledit tuteur.

Si maintenant, nous voulons rattacher le domicile du mineur pendant le mariage à un attribut de la puissance paternelle, nous établirons le rapport non avec les droits de garde et d'éducation, mais avec le droit d'administration légale. Après le divorce, il faut donc se préoccuper indépendamment de l'attribution du droit de garde, de savoir à qui appartient l'administration légale. Nous verrons qu'elle reste dans tous les cas au père, c'est donc chez lui que le mineur sera domicilié (*Contra*, Vraye et Gode, t. II, n° 760). C'est là que s'ouvrira la succession de l'enfant, c'est là que devra être convoqué le conseil de famille après la mort d'un des parents, c'est là encore que l'enfant continuera à être domicilié après son émancipation ou sa majorité, tant qu'il n'aura pas manifesté sa volonté expresse ou tacite concernant son changement de domicile.

Ces principes sont déduits dans un arrêt de la cour d'Angers du 5 mai 1885 (S. 86. 2. 15) rendu il est vrai, en matière de séparation de corps, mais il n'y aurait pas de raison de donner une solution différente en cas de divorce. « Il ressort, y lit-on, de l'article 108 du Code civil, que les mineurs non émancipés ont leur domicile légal chez leur père, et à défaut de celui-ci chez leur mère ou tuteur; ces dispositions sont absolues et

limitatives, s'il en était autrement, il en résulterait qu'un domicile pourrait leur être assigné en dehors de celui fixé par la loi. La séparation de corps ne modifie en rien ce principe ; en effet, il en doit être ainsi alors même que l'enfant a été confié à la garde de la mère ; cette mesure, d'ailleurs, d'un caractère provisoire et pouvant même être retirée suivant les circonstances, n'est qu'une modification apportée à l'exercice de la puissance paternelle ; laissant subsister le droit lui-même, elle est attributive non de domicile, mais de résidence » (*Contrà*, Trib. d'Auxerre, 10 janvier 1901, *Gaz. des Trib.* du 29 mars 1901).

CHAPITRE V

THÉORIE GÉNÉRALE SUR LA PUISSANCE PATERNELLE APRÈS LE DIVORCE.

Nous venons de voir, dans le chapitre précédent, les conséquences que le jugement de divorce peut entraîner au sujet de l'administration de la personne des enfants des époux divorcés. Mais la loi qui a statué expressément sur le droit de garde après le divorce, a omis de dire ce que deviennent les autres attributs de la puissance paternelle.

Avant d'entreprendre l'étude de chacun d'eux en particulier, il n'est pas inutile d'essayer de construire une théorie générale de la puissance paternelle, après la dissolution du mariage du vivant des deux époux, afin d'en faire ensuite l'application à chacun des droits dont cette puissance se compose.

Les règles fondamentales de la puissance paternelle pendant le mariage, sont déposées dans les articles 372 et 373 ainsi conçus :

ART. 372. — *Il (l'enfant) reste sous leur autorité (de ses père et mère) jusqu'à sa majorité ou son émancipation.*

ART. 373. — *Le père seul exerce cette autorité durant le mariage.*

Le système que les rédacteurs du Code civil ont entendu consacrer, est celui qui, éclos sur notre sol, accorde la puissance paternelle collectivement au père et à la mère sous cette réserve que, pendant le mariage, le père seul en a l'exercice. Le législateur a rejeté, comme contraire à la fois au génie de notre race et aux idées individualistes proclamées par la Révolution, le système du droit romain, seul suivi dans les pays de droit écrit. Il n'a pas voulu admettre la puissance paternelle romaine passée avec ses caractères principaux dans le midi de la France, qui, à Rome, institution plus politique que civile, constituait pour le père un droit établi dans son intérêt exclusif et auquel la mère n'avait aucune part. C'était dans les mains du chef de famille un pouvoir à peu près sans contrôle, tempéré seulement par les mœurs et dont toute idée de devoir était exclue.

Notre puissance paternelle, reflet de celle de nos pays coutumiers, part d'un principe opposé. Elle est sans doute un droit pour les parents, mais c'est un droit qui prend sa source dans l'intérêt des enfants plutôt que dans celui de leurs auteurs. Elle est conférée à ceux-ci pour leur faciliter le devoir d'éducation dont ils sont tenus, et en compensation des charges à eux imposées. C'est ce que le code a voulu exprimer en supprimant dans ses dispositions le mot « puissance », et ce que l'ancien adage disait encore plus clairement : « *En pays de coutumes, droit de puissance paternelle n'a lieu* ».

Un des principaux caractères distinctifs de ce système,

constituant une réelle supériorité sur le droit romain, c'est la participation de la femme à la puissance paternelle. Déjà, sous le souffle chrétien, on avait reconnu même à Rome, un certain droit à la mère au regard de ses enfants; cette idée devait recevoir chez nous son complet développement par la reconnaissance de l'égalité des deux époux. Mais cette égalité est seulement dans la délibération, non dans l'exécution qui doit appartenir à un seul; et comme d'autre part, il fallait prévoir les conflits possibles et les trancher, on a donné la prépondérance au mari déjà investi du rôle de chef de la communauté, en lui attribuant durant le mariage, l'exercice exclusif de la puissance paternelle. Il n'en reste pas moins vrai que le père trouve dans la mère, une associée « ayant même mission que lui, investie de pouvoirs égaux sur l'enfant et dont l'autorité ne doit céder à la sienne que parce que dans toute société, la puissance doit être une, à peine d'anarchie⁽¹⁾ ».

Comme conséquence de son égalité de droits, la mère, pendant le mariage est appelée à remplacer le père quand celui-ci est dans l'impossibilité physique ou morale d'exercer la puissance paternelle, l'article 141 le dit expressément pour le cas d'absence du père.

La puissance paternelle n'est pas un tout indivisible, c'est un composé de différents droits sur la personne et sur les biens de l'enfant, réunis comme en un faisceau entre les mains du père, mais qu'on peut fort bien concevoir détachés les uns des autres.

(1) Taudière, *De la puissance paternelle*, p. 25.

Les principaux attributs qu'elle comporte sont :

1° Le droit de garde, le plus important, peut-on dire, parce qu'il aura toujours lieu de s'exercer.

2° Le droit de correction, corollaire du devoir d'éducation.

3° Le droit d'administration des biens.

4° Le droit de jouissance légale.

5° Le droit de consentir au mariage et à l'adoption.

6° Le droit d'émancipation.

Au décès de l'un des époux, tous ces différents droits passent au survivant, sauf les restrictions résultant de l'ouverture de la tutelle.

Avant 1889, les tribunaux s'attribuaient, même pendant le mariage, le droit de contrôler la puissance paternelle et d'en réprimer les abus, en enlevant au père l'un ou l'autre de ses attributs. Depuis la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle, ce droit de contrôle a disparu. Dans certains cas nettement spécifiés par la loi nouvelle, les père et mère sont déchus sans jugement spécial, de tous leurs droits; dans d'autres laissés à l'appréciation des juges, ils peuvent seulement encourir la déchéance des mêmes droits.

Après le divorce, comme nous l'avons dit, l'un des époux au moins, se trouvera privé de la garde, cette décision a-t-elle pour effet de modifier les principes de la puissance paternelle? La loi étant muette, on a essayé de combler cette lacune.

Quatre systèmes principaux ont été proposés :

Premier système. — Après le divorce, la puissance paternelle cesse, il y a ouverture de la tutelle.

Deuxième système. — La puissance paternelle suit le droit de garde.

Troisième système. — La puissance paternelle est exercée à la fois par le père et la mère sous le contrôle des tribunaux chargés de mettre fin aux conflits.

Quatrième système. — La puissance paternelle continue d'appartenir collectivement au père et à la mère, et à être exercée par le mari seul, sauf la modification apportée au droit de garde.

Premier système.

Nous plaçons ce système le premier, pour l'écarter résolument avant tout autre. Il est si invraisemblable, si contraire à la raison et aux textes, qu'on a peine à comprendre qu'il ait été soutenu par des jurisconsultes considérables. Cette opinion est surtout celle de commentateurs qui ont suivi immédiatement le Code civil; on n'en retrouve guère trace chez les auteurs modernes.

L'idée de tutelle éveille le plus ordinairement, une idée de mort, elle suppose que les auteurs de l'enfant ou tout au moins l'un d'eux, sont décédés. Le texte de l'article 390 est bien clair : « *Après la dissolution du mariage arrivée par LA MORT... de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs...*, etc. » Du divorce qui pourtant existait lors de la promulgation du titre X, il n'est pas question. Zachariæ le comprend si bien, qu'après avoir dit que les droits de puissance paternelle n'appartiennent qu'à l'époux qui a obtenu le divorce, il ajoute : « l'autre époux est considéré comme

mort. » Ainsi, voilà un époux qui demeure tenu de l'obligation de subvenir aux frais d'éducation et d'entretien, qui conserve un droit de surveillance sur cette éducation, qui peut même réclamer une modification de la garde à son profit, et qui serait considéré comme mort. Voici qui est plus important encore. Dans toute tutelle, il y a un conseil de famille, un subrogé-tuteur, or, voit-on de semblables organes fonctionner après le divorce? La tutelle est ou légitime ou déléguée par le dernier mourant des père et mère, ou dative c'est-à-dire attribuée par le conseil de famille. Ici, il y aurait donc une quatrième sorte de tutelle, puisque le tuteur serait nommé par le tribunal.

La tutelle enfin, est une charge publique, obligatoire à moins d'excuse valable pour celui à qui elle est déléguée. Une fois en fonctions, le tuteur ne peut être destitué que dans des cas graves et déterminés, par le conseil de famille convoqué régulièrement. Or, la garde qu'on voudrait identifier avec la tutelle, varie aussi souvent que l'intérêt des enfants le commande, et cette espèce de destitution qu'on ferait subir au tuteur primitif serait prononcée par le tribunal et en dehors des règles ordinaires. C'est plus qu'il n'en faut pour décider qu'il n'y a pas et qu'il ne peut pas y avoir tutelle dans notre hypothèse (*Contrà*, Zachariæ, t. I, p. 271; Delvincourt, t. I, p. 168, note; Marcadé, 7^e édit., p. 194; Toullier, t. II, nos 1093 à 1095).

Deuxième système.

D'après ce système, l'exercice complet de la puissance

paternelle appartient à celui auquel la garde a été confiée. On ne comprend pas dit-on, que le droit d'administration et le droit de correction puissent être exercés efficacement, par celui des époux qui n'a pas l'enfant en sa puissance immédiate. De plus, le droit de surveillance conservé à chacun des époux par l'article 303, implique que l'exercice de la puissance paternelle est réservé à celui qui a la charge des enfants. Puisque l'époux privé de la garde conserve seulement le droit de surveiller le gardien, il ne peut donc plus prétendre au maintien de ses autres pouvoirs. On invoque encore l'article 141 du Code civil d'après lequel, lorsque le père est absent, la mère a, avec la garde des enfants, l'exercice de tous les droits de la puissance paternelle.

Un arrêt de la Cour de Paris du 15 décembre 1886 (*Pandectes françaises*, 87. 2.74), semble adopter cette doctrine, dans une espèce, il est vrai assez favorable, l'enfant ayant été placé sous la direction de sa mère. Un quasi-délit avait été commis envers le mineur : il s'agissait de savoir si la mère avait qualité pour en poursuivre la réparation ; la cour se prononça pour l'affirmative en déclarant que la mère pouvait ce titre dans le mandat général dont elle était investie par le jugement lui ayant confié la garde.

« Considérant dit l'arrêt, que la garde de son enfant mineur confiée par autorité de justice à la mère divorcée, implique non-seulement pour celle-ci le devoir de veiller à la protection de cet enfant mais encore de poursuivre s'il y échet la réparation du préjudice qu'il aurait éprouvé par suite d'un délit ou d'un quasi-délit.

« Que l'article 389 du Code civil n'attribue exclusivement au père l'administration des biens personnels de l'enfant que durant le mariage; par le divorce, l'administration des biens passe à celui des anciens époux à qui l'enfant lui-même est confié, à moins que des dispositions particulières n'aient été arrêtées par justice quant à cette administration.

« Que l'article 302 du Code civil ne fait aucune distinction entre la garde de la personne physique de l'enfant et celle des droits qui peuvent lui appartenir.

« Qu'à la vérité, et conformément à l'article 390 du Code civil, il n'y a pas lieu à ouverture d'une tutelle aussi longtemps que le père et la mère divorcés sont tous deux vivants, mais que la mère à qui l'enfant est confié, si elle n'a pas le titre de tutrice légale, n'en puise pas moins dans le mandat général dont elle est investie, un titre suffisant pour agir en justice au nom et dans l'intérêt de son enfant mineur ».

Un jugement du tribunal de la Seine du 25 novembre 1896 (D. 97. 2. 297) dont nous parlerons plus longuement à propos de l'administration légale, est également favorable à l'attribution de l'exercice de la puissance paternelle à la personne qui a la garde des enfants, mais avec cette importante restriction, « au moins en tant que cette garde a été confiée à la mère ». Il semble aussi reconnaître aux tribunaux, le droit de régler à leur volonté, l'exercice de la puissance paternelle.

En législation, ce système serait peut-être le meilleur, si la garde était toujours attribuée à l'un des époux. La prépondérance du père dans le mariage, est la suite naturelle de son titre de chef de l'association conjugale qui lui est assigné par

la nature même; la femme devant obéissance à son mari, étant soumise à lui pour tous les actes de la vie civile, le mari aurait vu son autorité méconnue et tenue gravement en échec, si la femme avait pu l'emporter sur lui dans l'administration des enfants, ou simplement empêcher la réalisation de ses projets. Après la dissolution de la société conjugale, cette prépondérance donnée au mari, ne se conçoit plus autant, on comprendrait mieux au contraire, qu'elle fût remise au plus digne, au plus capable, le mari ne la conservant que s'il offrait les meilleures références.

Mais cette solution ne peut se concilier avec les textes, ni avec la faculté accordée aux tribunaux de choisir comme gardien, un étranger. Doit-on, en effet, investir le tiers gardien du droit de correction et du droit d'administration, peut-on lui reconnaître le droit de prononcer l'émancipation? et si on lui refuse ces pouvoirs, comme le font beaucoup de partisans de la doctrine que nous combattons, c'est donc que le droit de garde peut être détaché des autres attributs de l'autorité paternelle. « Il ne s'agit nullement dans l'article 302 de la puissance paternelle, il s'agit simplement de savoir aux soins de qui les enfants seront confiés. Est-ce donc mettre une personne en puissance d'une autre personne que de la confier à ses soins?..... Qui donc oserait soutenir que le droit de garde attribué à un tiers lui confère les attributs de la puissance paternelle? » (De Saint-Auban, note sous Paris, précité). La puissance paternelle est attachée exclusivement au titre de père ou de mère, elle ne peut être exercée par un étranger.

La preuve que le droit de garde de la personne physique n'emporte nullement le droit d'administration des biens, nous serait au besoin fournie par le droit romain, où le tuteur investi de larges pouvoirs sur les biens, n'en avait le plus souvent aucun sur la personne du pupille. Le patrimoine ne peut-il être bien administré, que par celui qui a le propriétaire sous ses yeux? La direction morale d'une fille par exemple, ne sera-t-elle pas, au contraire, exercée plus efficacement, avec plus de douceur et de tact, par sa mère, tandis que son patrimoine sera mieux géré par son père, plus rompu à la pratique des affaires. Quant au droit de correction, si on ne l'accorde pas au tiers, soit qu'on l'attribue au père seul, soit qu'on l'attribue également au père et à la mère, c'est donc qu'il peut être exercé par un autre que par le gardien, et on ne conçoit pas ces solutions différentes selon les espèces, qui dénotent peu de sûreté dans la doctrine.

L'article 141 ne peut être d'aucun secours en faveur de cette théorie. Il prévoit une hypothèse totalement différente de celle du divorce, et il ne pouvait pas adopter une autre solution dans l'espèce. Quand le père est absent, il est naturel que la mère le remplace dans la puissance paternelle, comme elle le remplacera après son décès, comme elle le remplace actuellement dans la gestion de la communauté. Il n'y a pas dans ce cas, de conflit comme au cas de divorce où les deux auteurs sont présents et existants.

De même, le droit de surveillance conservé respectivement aux deux époux n'implique nullement que ceux-ci étant dépouillés de la garde, sont privés des autres privilèges

que leur confère l'autorité paternelle. L'article 303 est à la vérité, un point d'appui pour la thèse contraire : si les père et mère conservent leurs droits, c'est donc que leur situation est modifiée, seulement relativement à l'exercice immédiat du droit d'éducation; ils demeurent en possession des mêmes pouvoirs que ceux qu'ils ont pendant le mariage, la mère partageant la puissance paternelle avec le père, ce dernier en ayant seul l'exercice. Ce droit de surveillance concerne seulement le droit de garde et d'éducation, il est étranger aux autres droits.

Admettre que les époux quand ils n'ont pas la garde, sont dépouillés de la puissance paternelle, c'est leur faire encourir une déchéance en dehors des cas prévus par la loi du 24 juillet 1889. La puissance paternelle est d'ordre public, elle est éminemment favorable, et les textes qui y portent atteinte doivent s'interpréter restrictivement, (Carpentier, t. I, n° 391. — *Contrà*, Poulle, *Du Divorce*, p. 241).

Enfin, le droit de garde est essentiellement révocable, il peut être modifié souvent, or l'exercice de la puissance paternelle sera-t-il transféré aussi souvent que lui, ce serait quelque chose de singulier que ces déchéances successives de la puissance paternelle, prononcées aussi facilement qu'une modification de la garde.

Troisième système.

M. Laurent est le principal et plus célèbre adepte de ce système. On soutient que le mariage dissous, le droit de puissance paternelle de la mère doit recevoir son épanouissement

complet ; et non content d'en conserver à celle-ci la jouissance, on lui en restitue ou plutôt on lui en attribue l'exercice. De même que par le divorce, la femme recouvre la plénitude de ses droits civils qui avaient dû s'effacer devant la toute-puissance du mari, de même, elle doit recouvrer une autorité absolue et pleinement indépendante sur ses enfants. Les textes autour desquels évolue toute cette théorie, sont les articles 303 et 373.

Le mot « conserver » employé dans le premier de ces textes, indique, dit-on, qu'il n'y a rien de changé aux droits des père et mère. Ils conservent après le divorce, les droits qu'ils avaient avant d'être divorcés, c'est-à-dire la puissance paternelle. Ce raisonnement est très juste, mais après avoir affirmé qu'il n'y a rien de changé aux droits des père et mère, on se contredit immédiatement, en y apportant une grave modification. On décide en effet, que l'exercice de la puissance paternelle appartient indifféremment et concurremment aux deux anciens conjoints, par le motif que cet exercice n'est attribué exclusivement au père d'après l'article 373, que durant le mariage. Cette omnipotence du père, insiste-t-on, n'a plus de raison d'être à ce moment. Quel est en effet, son fondement juridique ? Il est tout entier dans la qualité de mari : la loi prohibe l'intervention de la femme, parce qu'en intervenant, elle manquerait au respect et à l'obéissance qu'elle doit à son époux. La suprématie du père sur la mère n'étant que la conséquence de la suprématie du mari sur la femme, quand la première disparaît, la seconde s'évanouit forcément.

Sans doute nous ne contestons pas qu'il y ait une part de

vérité dans cette argumentation. L'autorité prépondérante du mari à l'égard des enfants découle logiquement de son autorité maritale. C'est parce qu'il est déjà le chef responsable de l'union conjugale, en vertu de son sexe et de sa raison plus froide, qu'il réunit entre ses mains toutes les puissances. Mais la véritable raison d'être de cette sorte de monopole du père de famille, n'est-elle pas aussi dans le besoin d'une direction unique, dans la nécessité d'empêcher les conflits, dans l'impossibilité de l'exercice simultané de cette autorité. Il fallait nécessairement attribuer l'exercice exclusif de la puissance paternelle à l'un des époux, le choix s'est porté sur le père à raison de sa qualité de mari, mais ce n'est pas ce titre qui est la cause de son omnipotence. Si l'intérêt des enfants avait pu se concilier avec les droits égaux, quant à cet exercice, du père et de la mère, nul doute que la loi ne les ait consacrés.

Or, après le divorce, l'unité de direction est aussi nécessaire qu'auparavant. Laurent reconnaît lui-même que ce pouvoir égal serait impraticable dans l'éducation des enfants et que c'est à cause de cela qu'on a remis la garde des enfants à un seul. Mais l'unité est tout aussi désirable pour le droit de correction, pour le droit d'administration. Les conflits peuvent naître à chaque instant même au sujet de ces droits, et naîtront plus facilement que pendant le mariage. La haine, toujours mauvaise inspiratrice, de l'un des anciens époux envers l'autre les provoquera plus encore que l'intérêt des enfants. Ceux-ci seront le prétexte de la reprise d'hostilités qui risquent fort de ne jamais s'apaiser entièrement, tant qu'ils

seront là pour leur fournir un aliment. On répond bien que les conflits seront tranchés par les tribunaux chargés de rétablir l'ordre quand il est troublé. Les juges deviennent ainsi les arbitres de la puissance paternelle, on la leur remet presque tout à fait. On ne tient pas compte davantage, des frais qu'entraînera un semblable recours, du scandale sans cesse renouvelé atteignant la famille et l'exposant sans relâche à la malignité publique. C'est déjà bien assez que les luttes judiciaires puissent avoir lieu à l'occasion du droit de garde, jamais conféré d'une manière définitive.

Quant à l'argument *a contrario*, qu'on tire de l'article 373, nous dirons simplement que si le mariage n'existe plus après le divorce, en tant qu'il engendre des effets entre époux, il subsiste dans toutes ses conséquences à l'égard des enfants.

Quatrième système.

Nous en avons assez dit, pour laisser entrevoir à quel système vont nos préférences.

Avec M. Demolombe ⁽¹⁾, avec M. Carpentier ⁽²⁾, nous pensons qu'après le divorce, le père et la mère conservent la jouissance de l'autorité paternelle, — l'article 303 le dit assez clairement —, mais que l'exercice exclusif qu'il est aussi nécessaire de remettre à un seul, qu'il s'agisse de l'éducation, du droit de correction ou de l'administration des biens, reste au mari. La rigueur de ce pouvoir est seulement tempérée

(1) Tome IV, n° 511.

(2) Tome I, n° 391.

par la privation pour le père, indigne en tant qu'époux, de son droit de garde, de son droit d'usufruit légal, et de sa voix prépondérante dans le consentement au mariage.

Il est bien vrai alors, de dire que les époux conservent les droits qu'ils possédaient antérieurement, tandis que les doctrines précédentes en font soit acquérir de plus considérables à la femme, soit perdre au mari en dehors des cas autorisés. Les atteintes portées à quelques prérogatives du père de famille n'autorisent nullement à porter la main sur les autres. Il ne faut toucher à la puissance paternelle qu'avec une extrême réserve; on l'a remise au père, non seulement parce qu'il est *caput mulieris*, mais aussi parce qu'on lui suppose plus de sagesse, plus de pondération. On ne doit la lui retirer qu'autant qu'il se montre par sa conduite, indigne de l'exercer. Le divorce, quand même il est prononcé contre lui, n'est pas une preuve de son indignité comme père. Sans doute, les faits qui l'ont motivé pourront quelquefois servir de base à une action en déchéance de la puissance paternelle, mais tant qu'un jugement spécial n'aura pas ordonné une mesure aussi grave, on ne peut dépouiller le père de sa suprématie.

On objecte les mots « durant le mariage » que le législateur emploie à diverses reprises, quand il parle des droits du père, impliquant que la dissolution du mariage modifie sa situation. Or, il faudrait établir que le législateur envisage un autre mode de dissolution que le décès de l'un des époux.

Bien au contraire, il semble se préoccuper seulement de ce mode normal de dissolution, on en trouve la preuve dans

l'opposition contenue dans l'article 384 qui s'exprime ainsi : « *Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, LE SURVIVANT des père et mère, etc...* » De même, il ne faut pas lire l'article 389, isolément, il faut le rapprocher de celui qui le suit, l'article 390 prévoyant la mort, comme unique mode de dissolution de l'association conjugale.

Nous croyons pouvoir revendiquer en faveur de notre opinion, un jugement du tribunal de la Seine du 29 octobre 1886 (*Pandectes françaises*, 86. 2. 370). La solution qu'il donne et qu'on peut contester, paraît être contre nous. Mais si on lit attentivement les motifs du jugement, on voit qu'il reconnaît implicitement au père divorcé l'exercice de la puissance paternelle, et que si la même hypothèse s'était présentée *durante matrimonio*, la décision du tribunal aurait été la même, en vertu du droit que les tribunaux s'attribuaient alors de contrôler le pouvoir du père de famille et d'en réprimer les abus.

Un nommé C. époux divorcé, refusait de donner à son fils le consentement dont il avait besoin pour contracter un engagement militaire d'un an, dans les conditions de la loi de 1872 sur le recrutement de l'armée. Ce refus était d'autant plus injustifié que la mère prenait à sa charge les frais d'équipement de son fils. Or, le tribunal ordonna à C., consacrant ainsi son droit, de donner à son fils l'autorisation nécessaire et ce n'est que faute par le père d'obéir à cette injonction, qu'il chargea la mère de le remplacer.

« Attendu, dit le jugement, que le droit de puissance

paternelle, quelle qu'en soit l'étendue, est soumis, comme les autres droits consacrés par la loi, au contrôle de la justice à qui il appartient le cas échéant, d'en réprimer les excès.

« Que C. père, en ne donnant pas à son fils, le consentement qui lui est nécessaire pour contracter un engagement militaire d'un an, dans les termes de la loi du 27 juillet 1872, sans fournir d'ailleurs aucun motif de son refus, porte une atteinte grave aux intérêts du mineur, et excède manifestement les limites de son pouvoir paternel... »

En disant que le père excède son pouvoir, le juge reconnaît ce pouvoir, car on ne peut excéder les droits qu'on ne possède pas, et en accordant à la mère, la faculté de donner le consentement requis, seulement à défaut du père, il admet la suprématie de celui-ci.

Nous ajouterons en dernier lieu qu'il ne faut pas séparer le divorce d'une hypothèse qui lui est voisine, et qui a avec lui plus d'un point de contact, nous voulons parler du mariage putatif. Il n'y a plus de mariage quand la nullité a été prononcée, chacun des époux redevient libre comme il le redeviendrait après le divorce. Cependant, à raison de la bonne foi des parties, les effets que le mariage a produits dans le passé, restent acquis et ils se perpétuent pour l'avenir dans les enfants. En conséquence, la puissance paternelle se maintient intacte comme si le mariage n'avait pas été annulé. On ne voit pas la raison d'en décider autrement après le divorce, qui n'est autre chose qu'une annulation de mariage survenue pour faits postérieurs à sa célébration.

En dehors de ces quatre systèmes principaux que nous ve-

vons d'exposer, il existe encore quelques doctrines secondaires qui se rattachent plus ou moins aux théories ci-dessus. Suivant l'une, l'exercice de la puissance paternelle appartient au gardien pourvu que le gardien fût l'un des époux, ce droit serait refusé au tiers. Suivant une autre, la puissance paternelle serait dévolue au père et à la mère, mais il faudrait distinguer parmi les divers attributs dont elle se compose, ceux qui peuvent être exercés concurremment par les deux parents, et ceux dont l'exercice n'admet aucun partage. Ces derniers seraient alors l'apanage exclusif de l'époux ayant obtenu la garde.

Toutes ces distinctions manquent également de base légale, et sont de pures créations arbitraires.

CHAPITRE VI

DU DROIT DE CORRECTION.

Le droit de correction dans un sens large, désigne les divers moyens destinés à faire impression sur l'imagination de l'enfant et à réprimer ses écarts. Il consiste dans les châtiments corporels et autres punitions légères variant à l'infini, d'autant plus efficaces, non pas qu'on en use avec rigueur, mais qu'on sait mieux les appliquer.

C'est là le corollaire obligé du droit d'éducation, et sa sanction nécessaire. Les père et mère en possession du droit de garde, peuvent donc infliger à leurs enfants des peines purement morales n'atteignant guère que leur amour-propre, soit même des peines physiques, pourvu qu'elles soient proportionnées au degré de la faute et à l'âge de l'enfant, et ne dégénèrent pas en violences ou en brutalités qui tomberaient sous le coup des articles 309 à 312 du Code pénal, complétés par la loi du 18 avril 1898, sans préjudice de la déchéance possible de la puissance paternelle.

Un droit identique appartiendrait également, sous ces réserves et ces restrictions, à la personne chargée des droits

de garde et d'éducation. Le rôle qui lui est dévolu, exige qu'elle ait la possibilité de se faire obéir, sans quoi son autorité resterait vaine et sa mission compromise.

Dans la langue du Code, le droit de correction a un sens plus étroit. Il désigne un droit extrêmement rigoureux, resté comme un vestige de la puissance paternelle romaine : le droit pour le père de faire emprisonner son fils. Le père qui n'a pu ou su prendre sur son enfant une influence prépondérante, et mener seul à bien son éducation, vient demander aide et secours à la puissance sociale, représentée par le président du tribunal civil qui délivrera un ordre d'arrestation.

Disons d'abord comment ce droit est organisé, avant de voir ce qu'il devient après le divorce.

Le père qui a des sujets de mécontentement très graves, sur la conduite de son enfant, peut le faire incarcérer soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition. Dans le premier cas, il n'a à fournir aucune justification de son acte, le président du tribunal, doit, sur sa seule demande, délivrer l'ordre d'arrestation. Dans le second cas, il sera tenu d'indiquer ses motifs au président qui les appréciera, et accordera ou refusera en connaissance de cause, l'incarcération demandée.

Pour que le père puisse avoir recours à la détention par voie d'autorité, il faut la réunion de quatre conditions :

1° Que l'enfant ait moins de quinze ans accomplis : avant cet âge, on suppose qu'il se défendra suffisamment par sa faiblesse, contre la rigueur paternelle.

2° Qu'il n'ait pas de biens personnels.

3° Qu'il n'ait pas d'état : on ne veut pas compromettre l'avenir de l'enfant.

4° Que le père ne soit pas remarié : on craint avec raison l'influence de la marâtre.

Si l'une de ces conditions fait défaut, le père peut agir seulement par voie de réquisition.

Au décès du père, le droit de correction passe à la mère, mais il est moins absolu entre les mains de celle-ci. La voie de la réquisition seule lui est ouverte, elle doit en outre obtenir le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant, et son droit s'éteint en cas de second mariage.

Le tuteur lui-même, quand il a la garde de l'enfant, a le droit aussi de requérir sa détention, mais le conseil de famille est appelé au préalable à donner son avis.

Rien n'est prévu pour le cas qui nous intéresse, le cas de divorce. Ce n'est pourtant pas une hypothèse négligeable, car « c'est précisément dans ces cas exceptionnels et pour ces familles anormales que le droit de correction est le plus fréquemment utilisable. L'enfant devient vicieux parce qu'il est élevé dans un milieu troublé, et dans des situations anormales (1) ».

Il faut bien cependant, nous contenter des textes insuffisants du Code, pour essayer de trouver une solution en harmonie avec l'esprit de la loi, et ne réalisant pas une pure création arbitraire.

(1) Berthélemy, *Nécessité de modifier la législation sur l'emprisonnement par voie de correction paternelle*, p. 8.

On dit d'abord, et cette opinion a pour elle la majorité : le droit de correction est la sanction du droit de garde et d'éducation, il ne doit donc pas être détaché de ce dernier. Quoique ce principe ne soit écrit nulle part, il peut paraître se dégager de l'esprit du Code, car nous voyons le droit de correction toujours attribué à celui qui a la garde : pendant le mariage, au père, en cas d'absence de celui-ci, à la mère (art. 141); après la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux, au survivant, et enfin au tuteur, quand il prend soin de la personne du pupille.

Ce principe posé, on en fait l'application au divorce, mais on recule devant toutes ses conséquences logiques. On veut bien accorder le droit de correction au père ou à la mère, qui s'est vu maintenir ou instaurer dans la garde, on refuse de l'accorder au tiers gardien, et alors admettant dans ce cas la séparation des deux droits, ou bien, on laisse l'exercice du droit de correction au père seul, comme durant le mariage, ou bien on le donne à la fois au père et à la mère, sous le prétexte que le droit égal de surveillance emporte le droit égal de correction (Laurent, t. III, n° 294).

Ainsi, dans l'hypothèse la moins favorable, quand les parents ont été reconnus indignes l'un et l'autre de diriger l'éducation de leurs enfants, on augmente les droits de l'un d'eux, et on aggrave la situation des enfants après le divorce, à l'heure même où le droit de correction paternelle soulève les plus vives critiques.

Même en adoptant ces déductions et ces conclusions, il resterait encore des difficultés à résoudre. Si la mère peut

exercer le droit de correction, soit à titre de gardienne, soit concurremment avec le père, quand la garde est remise à un tiers, aura-t-elle la latitude d'agir, comme le ferait le père, par voie d'autorité ou par voie de réquisition, selon les distinctions du Code? devra-t-elle prendre l'avis de son ancien mari ou des deux plus proches parents paternels de l'enfant? quand elle se remariera, son droit sera-t-il éteint et dans l'affirmative, renaîtra-t-il au profit de son ex-mari, si on l'a refusé à ce dernier? Il nous faudrait hésiter dans la réponse à donner à chacune de ces questions. Si on reconnaît à la mère un droit aussi étendu que celui du père, on lui donne donc quand elle est divorcée des pouvoirs plus considérables que quand elle est survivante.

Quant à nous, fidèle au principe que nous avons adopté, d'après lequel, sauf le droit de garde et les dérogations résultant d'un texte formel, le divorce n'apporte aucune modification à la puissance paternelle telle qu'elle est organisée pendant le mariage, nous maintenons au père l'exercice du droit de correction quelle que soit la personne chargée de l'enfant.

Il est très exact que nous trouvons toujours le droit de garde et le droit de correction réunis dans les mêmes mains, mais ce n'est pas une raison pour qu'il y ait corrélation nécessaire entre les deux droits et qu'ils soient inséparables.

Si cette idée était complètement exacte, si on ne pouvait concevoir les deux droits détachés l'un de l'autre, il faudrait quand la garde est remise à un tiers, ou bien ne permettre à personne de faire emprisonner l'enfant, ou bien donner ce droit au tiers lui-même. Mais il est grave, on le concède

aisément, d'accorder à une personne étrangère, en l'absence d'une disposition spéciale, l'exercice d'un droit aussi exorbitant, paraissant attaché étroitement à la puissance paternelle. De plus, lorsqu'il est exercé par un autre que le père, il est soumis à des conditions restrictives et variables. Or, après le divorce, celui qui le possédera, l'aura-t-il dans toute son étendue, ou devra-t-il s'assurer certains concours, et quels seront-ils ?

Ne voulant pas remettre le droit de correction à une tierce-personne, on n'admet cependant pas non plus sa suppression, et alors, séparant ce qu'on déclare inséparable, on maintient le droit de correction à ceux qui n'ont pas la garde, soit au père, soit à la fois au père et à la mère. Le principe n'est donc pas aussi absolu qu'on l'affirme. S'il ne l'est pas dans cette hypothèse, il ne doit pas l'être davantage quand la garde a été confiée à la mère, et les inconvénients de la séparation des deux droits ne sont pas plus sérieux dans un cas que dans l'autre.

En outre, le droit de correction n'est dévolu qu'à la mère survivante, et encore avec d'importantes réserves (art. 384). L'accorder à la mère divorcée seule ou en concurrence avec le père, c'est dans le premier cas, en déclarer le père déchu, c'est dans les deux violer l'article 384. C'est pourquoi nous le conservons au père seul.

Quant aux conditions d'exercice du droit, il n'y a pas de difficulté, lorsque le père lui-même est gardien, il aura le droit d'agir par voie d'autorité ou par voie de réquisition.

S'il n'a pas la garde, on peut hésiter à lui reconnaître le

droit d'agir par voie d'autorité, à cause de l'atteinte qu'il porterait ainsi de sa propre initiative à une décision judiciaire. Aujourd'hui, cet inconvénient n'existerait pour ainsi dire pas, avec la pratique parfaitement illégale, quoique réalisant une amélioration, de beaucoup de magistrats qui font une enquête sur la gravité des motifs du père agissant par voie d'autorité, avant de lui délivrer l'ordre d'arrestation.

Dans tous les cas, le père devrait se conformer à l'article 377 s'il était remarié.

Les controverses sur le droit de correction après le divorce disparaîtraient, si était adoptée la réforme proposée, consistant à faire coïncider le droit de garde et le droit de correction. La nécessité d'obtenir toujours une décision judiciaire et la substitution à l'emprisonnement, d'un séjour plus ou moins prolongé dans une école de réforme, en rendrait possible l'attribution à tout gardien même étranger⁽¹⁾.

(1) Cf. sur cette proposition : Berthélemy, *op. cit.*; Delegorgue, *Le Droit de correction paternelle et l'école de réforme*, thèse 1899.

CHAPITRE VII

DU DROIT DE JOUISSANCE LÉGALE.

Le droit de jouissance légale est le droit de percevoir les fruits des biens appartenant aux enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés, sans être tenu d'en rendre compte. C'est un véritable usufruit légal. L'article 384 nous apprend au profit de qui il est établi : « *Le père, dit-il, durant le mariage, et après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants, jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans* ».

Cette jouissance établie au profit du père, en compensation des charges que la puissance paternelle lui impose, diffère d'un usufruit ordinaire sous certains rapports, notamment, elle est grevée de charges particulières qui sont d'après l'article 385 : « 1° celles auxquelles sont tenus les usufruitiers ; 2° la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune ; 3° le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux ; 4° les frais funéraires et ceux de der-

nière maladie : ce sont ceux de la personne dont l'enfant a recueilli la fortune.

Quelques biens sont soustraits à ce droit de jouissance, mais nous ne nous étendrons pas davantage sur les conditions auxquelles il est soumis.

La jouissance légale appartient donc au père seul, durant le mariage, et après la dissolution du mariage par la mort, au survivant des deux époux, c'est-à-dire qu'elle continuera de profiter au père, si c'est lui qui survit, ou au contraire qu'elle naîtra au profit de la mère.

L'article 386 prévoit le cas de dissolution du mariage par le divorce, et il s'exprime ainsi : « *Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé; et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage.* »

Les termes de cette disposition ont paru suffisamment ambigus pour faire naître une controverse.

Deux hypothèses sont d'abord hors de doute. Si le divorce a été prononcé au profit du mari, celui-ci conservera évidemment la jouissance, et après son décès, la mère ne saurait y prétendre. Si le divorce a été prononcé aux torts des deux conjoints, ni l'un ni l'autre n'aura la jouissance légale : l'un la perdra, l'autre ne pourra jamais l'acquérir.

La difficulté se présente quand le divorce a été prononcé au profit de la femme contre le mari ; ce dernier certainement perdra l'usufruit, mais la déchéance profitera-t-elle aux enfants ou à la mère ? La mère aura-t-elle immédiatement la jouissance ou devra-t-elle attendre la mort du père ?

Dans une opinion plus généralement suivie, étayée par la jurisprudence, la mère innocente acquiert tout de suite l'usufruit qui appartenait au père. Ainsi le veut, affirme-t-on, l'article 386, qui en refusant la jouissance à l'époux coupable, l'accorde implicitement à l'époux innocent. Une interprétation différente serait une interprétation judaïque, elle aboutirait en en tirant toutes les conséquences, à priver même le père innocent de la jouissance qui, lui appartenant seulement durant le mariage devrait aussi disparaître avec le mariage. L'opinion contraire ferait à la femme qui a obtenu le divorce, une situation plus défavorable qu'auparavant ; non divorcée, la femme profitait au moins indirectement des revenus des biens de ses enfants ; divorcée par la faute de son mari, elle perdrait tout droit sur ces mêmes revenus (Trib. de la Seine 4 août 1888, *Gazette des tribunaux* du 18 août 1888 ; Trib. de Courtrai, 3 juillet 1896, S. 99. 4. 16 ; Trib. de la Seine, 25 novembre 1896, D. 97. 2. 297).

Nous n'acceptons pas cette façon d'interpréter la pensée du législateur. L'article 384 seul, règle l'attribution de la jouissance légale, il l'attribue au père tant qu'il vit, et après son décès, à la mère. L'article 386, au contraire, est relatif à la déchéance, il déclare déchu du droit de jouissance, tel qu'il a été établi précédemment, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé (Carpentier, t. I, n° 393). Or, la déchéance doit profiter à celui au préjudice duquel s'exerce le droit. La jouissance du père s'exerce à l'encontre des enfants et non à l'encontre de la mère, qui ne peut y prétendre qu'autant qu'elle est survivante : ce sont les enfants qui doivent recueillir le

bénéfice de la pénalité édictée par la loi. L'usufruit légal est un droit exceptionnel; à ce titre, il faut restreindre, non étendre sa portée, et c'est à cette dernière conséquence qu'on arriverait en l'accordant à la mère, en dehors de l'hypothèse prévue par la loi.

Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que la jouissance légale fût établie également au profit des deux époux, de telle sorte que le droit de l'un mettant seul obstacle à l'exercice complet du droit de l'autre, il y aurait du fait de l'indignité de l'un, une sorte d'accroissement au profit de l'autre. Mais le droit est établi pour l'intérêt exclusif du père et n'admet pas de partage avec la mère. On dit bien que celle-ci retirait un avantage indirect de l'usufruit donné au père, et que le divorce va lui faire subir une perte, malgré son innocence. Cet avantage n'existait réellement et d'une façon tangible, qu'autant qu'elle était mariée sous le régime de la communauté, alors elle prenait sa part des économies réalisées par le mari sur l'excédent des revenus. Après le divorce, les revenus des biens des enfants serviront d'abord à subvenir aux frais de leur entretien et de leur éducation, c'est en cas d'insuffisance seulement des revenus, que les père et mère fourniront la contribution dont ils sont tenus, la quote-part des parents dans la pension alimentaire, sera donc en proportion de la fortune de leurs enfants : plus ces derniers seront riches, moins la mère aura de charges à supporter pour eux, elle réalisera donc encore un avantage indirect, et sa situation sera sensiblement la même que pendant le mariage.

Toutefois, si l'indignité du père ne doit pas être pour la

mère la source d'un bénéfice, elle ne doit pas non plus lui nuire. Aussi, quand le père sera décédé, le droit prendra ouverture en sa personne, pourvu qu'elle ne soit pas remariée. Il n'y aura pas à ce moment, comme on pourrait le croire, d'aggravation dans la situation des enfants, car jusque-là, ils auront possédé rarement une fortune assez considérable, leur permettant de subvenir à leurs besoins et de faire encore des économies. Quand ils auront recueilli l'héritage paternel, leurs ressources seront augmentées et leur mère en profitera, mais leur bien-être aussi devra recevoir une augmentation, car, il ne faut pas perdre de vue, que la mère n'aura le bénéfice de la jouissance qu'après en avoir acquitté toutes les charges, parmi lesquelles sont compris les frais d'entretien et d'éducation des enfants « selon leur fortune. »

Notre opinion a pour résultat de supprimer la question de savoir si le père en émancipant l'enfant pourrait porter atteinte au droit de jouissance de la mère.

Les deux époux, après avoir divorcé, se réunissent de nouveau, en contractant entre eux un second mariage, la déchéance encourue par eux disparaît-elle? La réponse doit être négative. Il ne saurait dépendre des parties d'effacer les conséquences d'une pénalité prononcée contre elles. La déchéance édictée contre l'époux qui a succombé dans l'instance en divorce a créé au profit des enfants, des droits acquis dont ils ne peuvent être privés. Si donc, le divorce a eu lieu aux torts des deux époux, l'usufruit définitivement éteint ne renaîtra pas, et s'il a été prononcé contre un seul d'entre eux, celui-ci n'y pourra aucunement prétendre au décès de son conjoint.

CHAPITRE VIII

DU DROIT D'ADMINISTRATION LÉGALE.

L'administration légale est le droit pour le père de famille de gérer les biens pouvant appartenir à ses enfants mineurs, et de représenter ceux-ci dans tous les actes de la vie civile.

L'article 389, le seul concernant l'administration légale, s'exprime ainsi : « *Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.*

Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus des biens dont il n'a pas la jouissance ; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. »

Le laconisme de la loi a fait naître dans la pratique, bien des difficultés, au sujet principalement des pouvoirs du père. La jurisprudence a été obligée de construire tout un système qu'il serait hors de propos d'exposer ici.

Le cas de divorce est resté également en dehors des prévisions du législateur. C'est pourtant l'hypothèse où le droit d'administration aura peut-être le plus fréquemment à s'exercer, car, il arrivera quelquefois que des personnes, parentes ou non, ne voulant pas gratifier des parents divor-

cés à cause même de leur indignité, ni dépouiller leurs enfants, disposeront de préférence au profit de ces derniers.

Il faut donc suppléer à ce silence de la loi. C'est à propos de cet attribut, dont la pratique a eu le plus à s'occuper, que les divers systèmes sur le sort de la puissance paternelle après le divorce, trouveront l'occasion de s'appliquer. Nous ne les rappellerons pas tous ici.

D'après l'opinion dominante, l'administration des biens des enfants suivrait le droit de garde; mais ce principe admis, beaucoup tendent à le restreindre; les distinctions et les sous-distinctions se multiplient si bien, qu'on arrive à une véritable anarchie, chacun ayant son système particulier.

Quelques-uns appliquent la règle d'une façon absolue. Quelle que soit la personne investie de la garde des enfants, père, mère ou tiers, elle doit avoir l'administration des biens. Ceci est commandé par le prétendu principe, que la gestion de la personne entraîne la gestion du patrimoine.

Il est pourtant difficile de trouver un appui à une semblable affirmation. Le tuteur, dont la mission consiste principalement à gérer le patrimoine du pupille, ne sera pas toujours appelé à prendre soin de sa personne; il en sera ainsi quand le survivant des père et mère pour une cause quelconque, ne sera pas investi de la tutelle. La loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle (art. 41, al. 2) offre au contraire un argument opposé au principe de l'unité de direction, puisqu'elle autorise l'assistance publique à confier, tout en gardant la tutelle, à des particuliers ou à d'autres établissements, les enfants dont elle a la charge.

En accordant l'administration à un tiers, on prive les parents d'un attribut de la puissance paternelle, sans qu'il y ait eu déchéance prononcée vis-à-vis d'eux. Il ne faut pas oublier non plus que le tiers peut être non seulement une femme, mais une femme mariée, il est dès lors peu conforme à la raison de lui conférer le droit d'administrer quand elle est incapable d'être tutrice (art. 442-2°), et il est difficile quand elle est sous puissance maritale, ne pouvant agir pour elle-même sans autorisation, de lui reconnaître le pouvoir d'agir au nom du mineur. Sur quels biens répondra-t-elle des fautes et des négligences de son administration?

Un arrêt célèbre de la cour de Paris du 15 décembre 1886, que nous avons reproduit en traitant de la puissance paternelle en général, bien que rendu dans une espèce où la mère avait la garde, autorise à penser, vu la généralité de ses termes, que la solution aurait peut-être été la même dans une espèce différente.

D'autres ne confèrent l'administration légale à celui qui a obtenu la garde, qu'autant qu'il est en même temps l'un des auteurs de l'enfant. De cette façon, on ne supprime pas la puissance paternelle, on en déplace seulement l'exercice, on demeure dans le vœu des articles 302 et 303.

Mais il y a d'autres dissidences encore. D'un côté, on applique l'une ou l'autre des théories précédentes, seulement dans le silence du jugement de divorce (Huc, t. II, n° 426) : le tribunal aurait donc la faculté de régler comme il l'entendrait, l'administration légale : c'est en fait lui remettre

les divers attributs de la puissance paternelle, et lui permettre de les déléguer à sa fantaisie.

D'un autre côté, on admet que la jonction de la garde et de l'administration légale n'aurait lieu qu'à la condition pour ce dernier droit, dè se joindre en même temps à la jouissance légale. Il serait inadmissible que celui qui a l'usufruit légal d'un bien, ne fût pas l'administrateur de ce bien, car les charges doivent suivre l'émolument. « Administration et jouissance, dit M. Hitier, sont les deux faces d'un même droit, l'une est la contre-partie de l'autre; l'administration est à la fois un droit et une charge; à ce double point de vue, elle doit aller là où va la jouissance légale. Cette union est commandée par la logique; elle est réclamée aussi par l'intérêt d'une bonne gestion des biens. » (Note sous Trib. de la Seine, D. 97. 2. 297). De là on conclut que l'époux coupable à qui le tribunal a confié la garde n'a pas l'administration, pas plus que ne l'aurait le tiers.

Il vaut mieux évidemment que la jouissance légale et l'administration soient réunies dans les mêmes mains, afin d'empêcher les conflits qui ne manqueraient pas de se produire entre l'administrateur et l'usufruitier ⁽¹⁾. Nous ne contestons pas davantage, que celui qui aura l'usufruit d'un bien s'en montrera administrateur plus zélé, mais, la séparation des deux droits qu'on croit juridiquement impossible, existera, quand la mère ne sera pas tutrice de ses enfants, sans être déchue du bénéfice de l'usufruit légal. Il y a là une preuve

(1) Ces conflits n'existeraient pas dans notre opinion qui ne transfère pas la jouissance à la mère même innocente, du vivant du père.

que l'indivisibilité des deux droits de jouissance et d'administration n'est pas absolue.

La jurisprudence n'a pas, pour résoudre la question, de principe bien ferme. Dans sa doctrine la plus générale, elle paraît bien reconnaître au tribunal le droit d'attribuer l'administration comme bon lui semble, en s'inspirant de l'intérêt de l'enfant. Mais elle admet également que si le jugement de divorce est muet sur ce point, l'administration doit suivre la garde, au moins quand elle est confiée à l'un des parents. Le jugement du tribunal de la Seine du 25 novembre 1896 (D. 97. 2. 297) reprenant la plupart des idées contenues dans des décisions antérieures, développe longuement cette théorie.

On y lit : « Dans le silence de la loi et *du jugement* sur la dévolution de l'administration légale, des biens de la mineure, celle-ci doit suivre la garde, *au moins en tant que cette garde a été confiée à la mère*. Il est naturel de penser que le législateur a voulu protéger dans ce cas, de la même manière tous les intérêts moraux et pécuniaires de l'enfant.

« Aux termes de l'article 144 du Code civil, lorsque le père disparaît pendant le mariage, laissant des enfants mineurs, la mère en a la surveillance et exerce tous les droits du mari relativement à leur éducation et à l'administration de leurs biens, la loi réunissant alors dans les mêmes mains la direction de l'éducation et celle de la fortune. Il n'est aucune raison sérieuse de ne pas admettre la même solution en cas de divorce. Elle n'a rien de contraire aux principes de la loi en matière de puissance paternelle. Celle-ci, instituée tout autant dans l'intérêt des enfants que dans celui du père

et de la mère, et pour permettre aux parents de s'acquitter convenablement de leurs devoirs d'entretien et d'éducation, appartient en principe tout à la fois au père et à la mère. Si pendant le mariage, le père l'exerce seul (art. 373), cela tient uniquement à ce que la famille doit être alors soumise à l'autorité du mari à qui la femme elle-même doit obéissance; mais lorsque le lien conjugal est dissous par le divorce, chacun des époux reprend l'exercice de son droit sans autre limite que le droit concurrent de son ancien conjoint. En cas de conflit entre ces deux droits, il appartient aux tribunaux de trancher le différend, en *s'inspirant avant tout de l'intérêt de l'enfant*. L'époux qui a été déclaré le plus digne de garder l'enfant dans sa demeure et de diriger son éducation, doit être réputé le plus apte à défendre tous ses intérêts.

« Il semble naturel d'autre part, de grouper autant que possible dans les mêmes mains tout ce qui touche aux intérêts matériels et moraux de l'enfant. Les nécessités de la pratique, imposent cette solution dont on ne saurait s'écarter sans provoquer les plus graves inconvénients toutes les fois qu'il s'agira, au nom de l'enfant, de suivre une action judiciaire ou de passer un contrat.

« Il convient de remarquer qu'aux termes de l'article 386 du Code civil, la jouissance légale des biens des enfants n'a plus lieu au profit du père contre lequel le divorce a été prononcé. Il serait évidemment illogique de lui conserver l'administration des biens dont l'usufruit légal lui est enlevé pour être donné à la mère, au risque de tous les conflits qu'une semblable situation ne manquerait pas de soulever »

(Cf. tribunal de Courtrai, 3 juillet 1896, S. 99. 4. 16).

Les motifs de ce jugement peuvent se ramener à trois arguments principaux :

1° La garde de la personne physique comporte la gestion des biens, cette affirmation puise sa force dans l'article 141 du Code civil. Nous avons déjà répondu à cet argument.

2° La solution contraire provoquerait dans la pratique des inconvénients graves.

3° Il convient de joindre l'administration légale et la jouissance légale.

On retrouve cette dernière considération dans un jugement du tribunal de Nice du 3 mai 1892 (*Gaz. du Pal.*, 1892, 2, *Supp.* 27).

« Aux termes de l'article 389 du Code civil, y est-il dit, le père n'est l'administrateur des biens de ses enfants mineurs que pendant le mariage; s'il est admis qu'il conserve cette administration même après la dissolution du mariage survenue par le divorce, ce n'est que tout autant qu'il conserve aussi la jouissance des biens par l'application du principe qui veut que les charges suivent l'émolument. Mais il serait illogique et contraire aux intérêts de l'enfant, que l'administration lui fût maintenue quand la jouissance lui a été enlevée; il est certain d'un côté que, s'il n'est point privé par l'effet du divorce de ses droits de puissance paternelle, l'administration des biens n'est point un attribut essentiel de cette puissance ».

Il nous est impossible d'abord d'accepter cette dernière affirmation, d'après laquelle l'administration légale ne serait

pas un attribut essentiel de la puissance paternelle. Elle en est au contraire l'un des plus importants. On dit que par l'effet du divorce, le père n'est pas privé de ses droits de puissance paternelle, il lui en restera alors de bien infimes, si, après lui avoir enlevé la garde et la jouissance légale, on lui retire encore l'administration.

Le jugement du tribunal de la Seine, malgré le long exposé de la doctrine jurisprudentielle, laisse dans l'ombre certaines hypothèses importantes qu'il n'a pas voulu envisager.

Comme les autres décisions judiciaires parvenues à notre connaissance, celle-ci concerne en effet le cas où la mère a obtenu à la fois le divorce et la garde des enfants. La jurisprudence ne semble avoir eu à s'occuper ni du cas où la garde a été confiée à un tiers, ni de celui où elle a été confiée à l'époux coupable, soit que le divorce ait été prononcé aux torts d'un seul, soit qu'il l'ait été aux torts des deux.

Les restrictions du jugement du 25 novembre 1896, les termes d'autres décisions, autorisent à penser que les juges seraient embarrassés pour décider, en dehors du cas spécial qu'ils ont résolu, quelle personne a l'administration. Laquelle des deux idées, celle de la jonction de l'administration et de la jouissance, ou celle de l'unité de direction des intérêts moraux et pécuniaires, l'emportera, quand on ne pourra les concilier, et qu'il faudra nécessairement sacrifier l'une ou l'autre? Il en sera ainsi, lorsque le divorce ayant été prononcé contre un seul des époux, c'est lui qui a obtenu la garde.

Quand on ne pourra songer à réunir l'une à l'autre l'administration et la jouissance, parce que ce dernier droit sera

éteint indiscutablement pour la réciprocité des torts des époux, donnera-t-on toujours l'administration au gardien, ou bien fera-t-on des distinctions subtiles entre le père, la mère et le tiers ?

On en arrive ainsi, faute d'un principe fixe et immuable, susceptible de s'appliquer aux diverses hypothèses qui peuvent se présenter, à des hésitations et à des contradictions. Les parties intéressées ne connaissant pas leurs droits, négligeront d'agir et se reposeront sur d'autres qu'elles croiront mieux qualifiés, du soin de le faire. Aussi nous comprenons, qu'on ait songé à sauvegarder le plus possible les intérêts de l'enfant, en permettant d'agir au parent même non gardien qui se montre plus vigilant, sauf au tribunal à ordonner une régularisation de procédure par la mise en cause de l'époux qu'il regarde comme compétent (Labbé, note sous Paris, 13 décembre 1886, S. 88. 2. 217 ; Huc, t. II, n° 427). C'est là, comme le dit M. Labbé, une opinion un peu téméraire, de la part de ceux qui n'admettent pas le partage de la puissance paternelle entre les deux parents, car nous apercevons difficilement comment on peut donner le droit d'intenter une action au nom du mineur, au parent à qui on dénie le pouvoir d'administration. C'est un droit qui n'appartiendrait certainement pas à la mère pendant le mariage, quand le mari est négligent.

Nous croyons plus sûr, plus légal, et même conforme à l'intérêt des enfants, de laisser au père l'administration légale dans tous les cas.

L'article 389 dit que le père est, durant le mariage admi-

nistrateur des biens de ses enfants, puis aussitôt, l'article 390 prévoit le cas de dissolution du mariage par la mort; de la dissolution par le divorce, il n'est pas question. Le rapprochement de ces deux textes, semble bien indiquer que l'expression « durant le mariage » est synonyme de « pendant la vie du père ». La loi a considéré que normalement le mariage durera jusqu'à la mort de l'un des époux, mais elle n'a pas voulu adopter un autre principe tant que les deux époux seront vivants, alors même qu'ils seraient divorcés. D'ailleurs, après le divorce, le mariage existe toujours au regard des enfants, en ce sens, que les effets légaux qu'il a engendrés à leur égard, continuent à se perpétuer. Cette théorie a pour elle, non seulement les textes, mais aussi l'affirmation d'un rapporteur de la loi du 27 juillet 1884 (1).

En statuant sur la garde, le législateur a laissé en dehors l'administration des biens qui ne suit pas obligatoirement l'administration de la personne. Telle personne peut être meilleure gardienne des mœurs et de la moralité du mineur, telle autre plus vigilante et plus capable pour la gestion du patrimoine. De même, admettre qu'en déclarant le père contre qui le divorce a été prononcé, déchu de l'usufruit légal, la loi lui a enlevé par voie de conséquence l'administration légale, c'est établir entre ces deux attributs de la puissance paternelle, un lien indissoluble, nullement démontré par les endroits différents du Code où ils sont organisés, c'est aussi prononcer deux déchéances au lieu d'une,

(1) Cf. Rapport de M. de Marcère, *J. O.* du 28 mai 1882.

contrairement à l'adage *penalia non sunt extendenda*.

Un jugement du tribunal de la Seine du 4 août 1888 (*Gaz. des Trib.* du 18 août 1888), ne contredit pas notre théorie, comme on pourrait le penser. Il y est dit notamment : « Attendu que le divorce ayant été admis contre le père, il se trouve privé de la jouissance des mêmes biens, en vertu de l'article 386 du Code civil ; que pour ne pas rendre cette disposition illusoire, et afin d'en assurer la sanction, le tribunal est amené, dans les conditions sus-rappelées, à user de son pouvoir réglementaire, et à lui retirer l'administration, *dont il était resté investi*.

« Attendu que l'administration légale ayant été établie dans l'intérêt et pour la sauvegarde de l'enfant, il convient dans l'espèce, de la confier à la mère dont la moralité et la capacité sont attestées par les divers documents de la cause ».

Ce jugement, en effet, paraît bien reconnaître le maintien au profit du père divorcé, de l'administration légale, et s'il la lui enlève, c'est en vertu du pouvoir réglementaire que les tribunaux s'attribuaient sur la puissance paternelle avant la loi de 1889, et à raison de l'indignité du père révélée par sa conduite scandaleuse.

Nous avons dit que cette opinion non seulement respectait l'esprit de la loi, mais encore était conforme à l'intérêt des enfants. C'est ce qu'il nous reste à démontrer.

L'administration en suivant le droit de garde, sera remise soit à la mère, soit à un tiers. La mère elle, n'aura le plus généralement pour agir que sa bonne volonté ; l'expérience des affaires lui fera souvent défaut. Quant au tiers, ce pourra

être une femme également inexpérimentée, ou bien ce sera un étranger qui montrera plus d'indifférence dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'enfant que les parents. Nous entendons la réponse : si le tribunal n'estime pas suffisante la capacité du gardien, il prendra des mesures destinées à mieux protéger les intérêts du mineur. Mais on arrive ainsi à attribuer aux magistrats, sur la puissance paternelle, un pouvoir réglementaire que nous repoussons énergiquement.

On craint, en laissant l'administration au père, que par ressentiment de s'être vu privé de la garde, il néglige les intérêts confiés à ses soins ; on suppose qu'ayant été mauvais époux, il deviendra mauvais père. Ce sont là des craintes exagérées.

Le mari qui aura vu prononcer contre lui le divorce, pour une erreur peut-être passagère, n'aura pas nécessairement démérité comme père. Si son indignité est démontrée, si par la suite elle vient à se révéler, on ne sera pas désarmé contre lui, on provoquera sa déchéance en vertu de la loi du 24 juillet 1889. Dans les cas normaux, nous nous trouverons en présence d'un mauvais époux sans doute, mais non d'un mauvais père. A défaut d'affection pour ses enfants, son intérêt lui-même, lui commandera d'être diligent, car sa responsabilité certainement engagée, sera une garantie pour les incapables.

Ce n'est pas un des moindres embarras de l'opinion adverse que de déterminer quels sont les pouvoirs du gardien, administrateur des biens, et par suite quelle est sa responsabilité.

La personne chargée de la garde, aurait les pouvoirs d'un administrateur nommé par la justice. Elle pourrait faire tous les actes d'administration ordinaires : toucher les revenus, donner à bail les immeubles pour une durée n'excédant pas neuf ans, faire tous les actes conservatoires. Elle aurait le pouvoir de recevoir les capitaux dûs aux enfants et d'en faire emploi, sans quoi les débiteurs seraient obligés de recourir à la consignation pour se libérer. En tout cas, la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs, ne lui serait pas applicable. Il lui serait impossible d'accomplir les actes d'aliénation.

Quant à sa responsabilité, à raison des fautes de sa gestion, ou de sa négligence, il n'y aurait pas de difficulté, en cas de dol ou de faute lourde y assimilable, la personne chargée de l'administration en répondrait certainement. Dans les autres cas, il y aurait lieu d'appliquer les règles générales contenues de l'article 1992 (Huc, t. II, n° 427).

M. Labbé, sans se prononcer nettement sur la question de responsabilité du gardien, et en admettant sans réserves, celle du père administrateur légal, comme celle du tuteur, se demande si la justice ne serait pas embarrassée et hésitante pour condamner à des dommages-intérêts au profit de l'enfant, le gardien qui « a négligé de faire dans l'intérêt de l'enfant, ce que le législateur a oublié de prescrire ».

C'est aussi notre sentiment, c'est pourquoi nous avons affirmé que l'enfant trouvera une protection plus efficace, dans le maintien au père, de l'administration légale. Le père administrateur conservera tous les pouvoirs qu'il possédait

en cette qualité durant le mariage, et par sa négligence ou ses fautes, il engagera d'une manière certaine sa responsabilité qui se résoudra en dommages-intérêts. Les juges hésiteront d'autant moins à les prononcer, que celui qui les aura encourus sera moins digne.

En tout cas, l'enfant n'aurait aucune hypothèque ni sur les biens du tiers gardien, ni sur ceux du père administrateur, c'est une garantie réservée à la tutelle.

CHAPITRE IX

DE L'ÉMANCIPATION.

Le droit d'émancipation est un attribut de la puissance paternelle, rentrant par conséquent dans les pouvoirs du père. C'est ce que nous apprend l'article 377, ainsi conçu :

« Le mineur même non marié, pourra être émancipé par son père, ou à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus. Cette émancipation s'opérera par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier. »

Le mineur émancipé pourra se choisir un domicile distinct de celui de ses parents. Il pourra faire les actes d'administration, tels que toucher ses revenus, donner à bail ses immeubles pour une durée n'excédant pas neuf ans, et même intenter des actions mobilières.

Pour les autres actes, tantôt il sera soumis à l'assistance d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille, tantôt il sera assimilé au mineur en tutelle.

L'émancipation laisse donc au mineur une initiative assez large; elle lui est conférée dans des cas exceptionnels, quand

il y a utilité à le faire, et quand le mineur possède une maturité d'esprit suffisante pour en jouir sans excès.

Le père est seul juge, pendant le mariage, tant qu'il n'est pas dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, de l'opportunité d'émanciper l'enfant. Ce droit d'émancipation est bien distinct des autres attributs de la puissance paternelle, il n'a de lien ni avec le pouvoir d'administration, ni avec l'éducation de la personne. Il est donc impossible de soutenir avec une apparence de raison, qu'il doit après le divorce, aller là où va le droit de garde, même quand cela aurait pour effet de le donner à la mère. Il est difficile également de l'attribuer concurremment aux deux parents (Laurent, t. III, n° 294), car c'est seulement « à défaut du père » c'est-à-dire quand celui-ci est mort ou dans l'impossibilité physique ou morale d'exercer son droit, que la mère est appelée à émanciper l'enfant.

On ne peut même pas invoquer les mots « durant le mariage », de l'article 389, qui ne se retrouvent pas ici, pour restreindre les droits du père lorsque la dissolution du mariage a été prononcée. Aucun texte n'amoindrit les pouvoirs du père en cette matière, c'est lui, et lui seulement qui pourra après le divorce, faire la déclaration d'émancipation de son fils, et cette mesure produira toutes les conséquences dont elle est susceptible (Huc, t. II, n° 434).

Les tribunaux se sont arrogés le pouvoir de contrôler l'émancipation faite, même durant le mariage, et de l'annuler quand elle ne leur paraît pas conforme à l'intérêt de l'enfant. Cette jurisprudence s'est continuée depuis la loi du 24 juillet

1889, qui, de l'avis général, a eu pour résultat de supprimer le droit de contrôle des tribunaux, d'ailleurs critiqué auparavant, sur la puissance paternelle (Paris, 4 décembre 1894, S. 97. 2. 73).

Pour justifier le maintien de la jurisprudence, on a trouvé cette explication ingénieuse, mais un peu subtile, que l'interdiction d'émanciper n'entraîne pas privation de la puissance paternelle, mais au contraire maintient cette puissance, puisque l'émancipation avait pour effet de la faire cesser. Pourtant, en interdisant au père d'émanciper, on lui enlève bien un de ses attributs, on limite ses pouvoirs, c'est comme si on l'en dépouillait. On ajoute encore que la loi n'a pas prévu des conditions de fond, qu'il en existe cependant, et que ce sont ces conditions qu'examine le tribunal quand il annule l'émancipation (Wahl, note sous Paris, précité).

Cette jurisprudence qui s'est établie au sujet du pouvoir d'émanciper appartenant au père pendant le mariage, sert en partie à expliquer celle qui tend à paralyser le droit d'émancipation entre les mains du père, après la séparation de corps ou le divorce. Plusieurs décisions judiciaires refusent au père la faculté de porter atteinte par une émancipation, à un jugement lui retirant la garde, et tantôt les juges annulent purement et simplement cette émancipation, tantôt ils ne lui font produire que les effets susceptibles de se concilier avec les mesures ordonnées par le tribunal (Douai, 25 mars 1897, S. 97. 2. 73).

Nous sommes absolument d'avis qu'il y a lieu d'annuler l'émancipation, lorsqu'elle a été le résultat de la fraude,

« *fraus omnia, corrumpit* », dit un vieil adage, et qu'elle a été faite uniquement pour tenir en échec les droits que le jugement de divorce a conférés, soit à la mère, soit à un tiers. Il apparaît bien qu'il en était ainsi dans l'espèce suivante, où l'enfant confié à sa mère avait été émancipé par son père, quoiqu'étant encore au collège, n'exerçant aucune profession, n'ayant pas l'intention de faire le commerce, et ne possédant aucun bien ni fortune personnelle (Paris, 24 février 1893, D. 93. 2. 372).

Mais au moins faudrait-il que la fraude fût démontrée dans toutes les hypothèses, et il ne devrait pas suffire pour l'annuler ou pour la restreindre que l'émancipation fit échec au jugement statuant sur la garde. En prononçant l'annulation ou la restriction de l'émancipation, sans preuve préalable de son caractère frauduleux et par cela seul qu'elle met obstacle à l'exercice complet du droit de garde, on présume la fraude du mari, et on arrive par des voies détournées à lui retirer en fait, un droit dont il est demeuré investi, on rend impossible l'émancipation de l'enfant sans l'autorisation de la justice à qui on permet ainsi de s'immiscer sans cesse dans la puissance paternelle.

On donne deux explications pour justifier une semblable théorie. Voici la première. Une émancipation intervenue dans de semblables conditions, par cela seul qu'elle a pour but d'échapper à l'application d'une décision judiciaire prise dans l'intérêt des enfants, n'a pas lieu dans cet intérêt, et alors elle doit être annulée (Wahl, note précitée). C'est le prolongement et l'extension du pouvoir de contrôle exercé

par les tribunaux pendant le mariage, c'est aussi la suppression du pouvoir paternel.

Dans une seconde explication, on affirme que le droit d'émancipation conservé par le père est un droit diminué et restreint, que le jugement en prononçant définitivement sur la garde et l'éducation des enfants, a entendu les soustraire à la volonté de leur père, que la puissance paternelle n'est plus entière, et que spécialement le droit d'émancipation a été modifié (Tissier, *Rev. crit.*, 1898, p. 607). On fait ainsi produire à la garde des effets trop étendus, on ne tient pas compte de ce fait que la privation de la garde pour le père, est moins une déchéance qu'une mesure commandée par la situation née du divorce.

De même que le père conserve après le divorce le droit d'émanciper l'enfant, à la condition qu'il agisse sans fraude, de même lui seul aurait qualité pour donner l'autorisation nécessaire à tout mineur qui veut faire le commerce (Art. 2, C. comm.).

CHAPITRE X

DU CONSENTEMENT AU MARIAGE ET A L'ADOPTION.

Les fils jusqu'à vingt-cinq ans, les filles jusqu'à vingt et un ans, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère.

Le père et la mère doivent être appelés à donner leur avis sur le mariage projeté par leur enfant, ils doivent être consultés tous les deux. Cependant, s'il n'y a pas concert entre eux, l'enfant ne sera pas toujours pour cela dans l'impossibilité de se marier. Lorsque les deux ascendants seront en désaccord, ce sera la volonté du père qui l'emportera : s'il consent, le mariage aura lieu, s'il refuse de consentir, le mariage sera impossible.

Après l'âge de vingt et un ou de vingt-cinq ans, le consentement des ascendants n'est plus indispensable, mais il doit être demandé, et s'il est refusé, il n'est permis de passer outre, qu'après avoir requis leur conseil par un acte respectueux.

Tel est le système du Code, quand le père et la mère de

l'enfant sont vivants et présents, et que leur union est encore entière.

La question se posait encore récemment, de savoir si le divorce apportait quelque modification à la prépondérance accordée au père, en matière de consentement au mariage. La solution généralement adoptée était négative.

La loi du 20 juin 1896 qui a eu pour but de faciliter le mariage et d'en simplifier les formalités, a réalisé dans l'espèce qui nous intéresse une innovation assez heureuse. La réforme est contenue dans le nouvel article 152. En voici le texte :

« S'il y a dissentiment entre les parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant, suffira. »

Il n'y a d'abord aucune espèce de difficulté si le père et la mère consentent.

Trois conditions sont nécessaires pour que notre disposition s'applique :

1° Qu'il y ait dissentiment entre le père et la mère. Que la mère consente tandis que le père refuse de consentir.

2° Que le divorce ait été prononcé au profit du parent consentant.

3° Que celui-ci ait obtenu en outre la garde de l'enfant.

Les deux parents doivent quand même être consultés, cela résulte d'abord de l'ensemble des textes concernant le consentement des ascendants au mariage, et spécialement des mots du nouvel article 152 « s'il y a dissentiment », car il ne saurait y avoir dissentiment, si un seul était appelé à donner son avis.

La preuve de l'existence des conditions requises sera à la charge de l'enfant. Il fera constater le refus et par suite la consultation de celui de ses ascendants dont le consentement n'est pas indispensable, soit par un acte notarié dressé dans la forme de l'article 73, soit par un acte respectueux qu'il lui adressera. Il prouvera que le divorce a été prononcé au profit de celui qui a obtenu la garde, par la production d'une expédition du jugement de divorce.

Il ne serait pas nécessaire, croyons-nous, que l'époux innocent ait obtenu par le même jugement la garde et le divorce. Il suffirait qu'il fût en possession de la garde, fût-ce en vertu d'un jugement postérieur au divorce, lors du mariage projeté par l'enfant.

Si l'une des conditions indiquées fait défaut, c'est le droit commun de l'article 148 qui reprendra son empire; ce sera la volonté du père qui prévaudra, et le mariage sera impossible, s'il refuse son assentiment. L'article 152 ne s'appliquera donc pas, quand le divorce aura été prononcé aux torts des deux époux, quelle que soit la personne chargée de la garde, et quand le divorce quoique prononcé aux torts d'un seul, la garde n'aura cependant pas été attribuée à l'époux innocent.

L'article 152, en tant qu'il est invoqué par le père, n'est que la consécration du droit commun, il devient dérogatoire à ce droit commun seulement quand il est invoqué par la mère.

Dans le cas où le père se trouvera dans la situation prévue par la disposition de la loi de 1896, sa volonté pour le

mariage de l'enfant sera toute-puissante, elle l'emportera toujours sur celle de la mère, soit qu'il consente, soit qu'il refuse son concours. Dans le cas où ce sera la mère qui aura obtenu avec le divorce la garde de l'enfant, quand elle donnera son consentement et que le père le refusera, le mariage sera certainement possible. Mais sera-t-il impossible dans l'hypothèse inverse; en d'autres termes, le consentement de la mère non coupable et gardienne est-il indispensable? Il faut répondre par la négative. Le père conserve sa prérogative de pouvoir consentir au mariage de préférence à la mère, son consentement suffit toujours en vertu de l'article 148. On a voulu, par l'article 152, vaincre sa résistance injuste et pouvant être inspirée par la rancune; on n'a pas voulu que son veto fût un obstacle au mariage, mais s'il consent, son avis l'emportera sur celui de la mère. Les travaux préparatoires et l'esprit général de la loi de 1896, qui a eu en vue la conclusion plus facile des mariages, sont en faveur de cette interprétation.

L'adoption est soumise à de nombreuses conditions parmi lesquelles figure le consentement des père et mère de l'adopté. Ce consentement est exigé par l'article 346 : « *Si, dit-il, l'adopté ayant encore ses père et mère ou l'un d'eux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère ou par le survivant; et, s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil.* »

Il faut donc pour l'adoption et la tutelle officieuse qui en est quelquefois le préliminaire, le consentement des deux

auteurs de l'adopté. Il y a avec le mariage cette différence que, quand le père et la mère sont tous les deux vivants, l'adoption du mineur de vingt-cinq ans est impossible, si l'un des deux ascendants refuse d'y consentir. On s'en convainc facilement en rapprochant les deux articles 448 et 346. Le divorce des père et mère ne changera pas cette condition : tous deux devront donner leur assentiment à l'adoption de leur enfant, sinon elle ne pourra avoir lieu avant que l'adopté ait atteint l'âge de vingt-cinq ans.

CHAPITRE XI

DU CONSENTEMENT A L'ENGAGEMENT MILITAIRE ET A L'ENTRÉE DANS LES ORDRES SACRÉS.

Nul ne peut avant l'âge de vingt ans, contracter un engagement militaire, s'il n'y est autorisé par ses père, mère ou tuteur. Le consentement de ces personnes est exigé par l'article 59, al. 2-6° de la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée, reproduisant cette disposition des lois antérieures de 1832 et 1872, qui avaient modifié l'article 374 du Code civil permettant à l'enfant de quitter la maison paternelle pour enrôlement volontaire, dès l'âge de dix-huit ans.

Pendant le mariage, le consentement du père seul est nécessaire et suffisant : la mère n'a pas besoin d'être consultée. Elle sera appelée à donner son consentement, simplement lorsque le père sera décédé, ou dans l'impossibilité d'exercer ses droits.

Après le divorce, la mère ne peut-elle pas, au moins quand elle est gardienne, suppléer le père, si celui-ci refuse d'autoriser son fils à entrer dans l'armée? Conformément aux

principes que nous avons admis, la prérogative du père ne saurait disparaître ici plus qu'ailleurs.

Dés décisions judiciaires ont cependant permis à la mère de donner, au refus du père, l'autorisation au mineur de vingt ans, de contracter un engagement volontaire (Trib. de Marseille, 14 décembre 1872, S. 73. 2. 121; Paris, 29 octobre 1886, *Pandectes françaises*, 86. 2. 370). Mais ces décisions sont antérieures à la loi du 24 juillet 1889, elles se rapportent par conséquent à l'époque où les tribunaux se reconnaissaient le pouvoir de contrôler la puissance paternelle : il serait plus difficile de les admettre aujourd'hui.

Le consentement des père et mère est encore requis, lorsqu'un enfant veut entrer dans les ordres religieux ou sacrés. Il est exigé par deux textes, l'un concernant la prononciation de vœux, l'autre concernant la prêtrise.

Le premier est l'article 7 du décret du 18 février 1809 relatif aux congrégations ou maisons hospitalières de femmes, il s'exprime ainsi : « *Les élèves ou novices ne pourront contracter des vœux, si elles n'ont seize ans accomplis. Les vœux des novices agées de moins de vingt et un ans, ne pourront être que pour un an. Les novices seront tenues de présenter les consentements demandés pour contracter mariage, par les articles 148, 149, 150, 159 et 160 du Code civil.* »

Le second est l'article 4 du décret du 28 février 1810, contenant des dispositions relatives aux lois organiques du Concordat, ainsi conçu : « *... Les évêques pourront ordonner tout ecclésiastique agé de vingt-deux ans accomplis; mais*

aucun ecclésiastique ayant plus de vingt-deux ans et moins de vingt-cinq ne pourra être admis dans les ordres sacrés, qu'après avoir justifié du consentement de ses parents, ainsi que cela est prescrit par les lois civiles pour le mariage des fils âgés de moins de vingt-cinq ans accomplis. »

Le consentement à l'engagement d'un enfant dans les ordres sacrés est donc régi par les règles qui gouvernent le consentement au mariage. D'où il suit que toute modification apportée à ces règles est applicable également à l'entrée en religion. C'est pourquoi les enfants d'époux divorcés qui veulent prononcer des vœux ou recevoir la prêtrise, peuvent désormais invoquer le bénéfice du nouvel article 152.

CHAPITRE XII

DE LA PENSION ALIMENTAIRE.

L'article 303 oblige expressément les père et mère divorcés à subvenir, à proportion de leurs facultés, aux frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants, quelle que soit la personne qui les a sous sa garde.

C'est là une obligation qui a sa source dans l'article 203, d'après lequel : « *Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.* »

L'obligation alimentaire devait survivre à la dissolution du mariage par le divorce, car elle dérive plus du fait de la paternité que du fait du mariage.

Souvent, le jugement en statuant sur la garde de l'enfant fixera en même temps la part contributive de chacun des deux époux dans les dépenses d'entretien et d'éducation, et déterminera en même temps les époques de paiement. Il ne saurait alors s'élever dans ce cas aucune difficulté.

Mais la détermination du montant de la pension alimentaire ne sera pas établie d'une manière définitive, elle sera

comme la garde elle-même essentiellement provisoire et susceptible de varier avec les besoins de l'enfant et les ressources du débiteur. Le gardien pourrait donc ultérieurement s'adresser au tribunal pour en demander l'augmentation, comme celui à la charge de qui elle existe, pourrait demander à en être exonéré partiellement ou totalement.

A défaut de disposition spéciale du jugement, le tiers gardien agirait valablement contre les parents, par l'action de gestion d'affaires, afin de se faire rembourser ses impenses, et en cas d'insolvabilité de l'un d'eux, il aurait un recours pour le tout contre l'autre.

Si la garde a été confiée à l'un des époux, et que le jugement soit muet sur la somme à fournir par l'autre, celui-ci n'en demeure pas moins tenu de son obligation d'entretien. Les parties pourront s'entendre amiablement entre elles à ce sujet, sans pouvoir par une transaction soustraire pour l'avenir l'une d'elles, au paiement de la dette. Une semblable transaction serait contraire à l'ordre public (Trib. de la Seine, 30 juin 1897, *Le Droit*, 25 août 1897).

Un conflit surgira entre les deux auteurs, quand ils ne se seront pas entendus. Le conjoint auquel les enfants ont été remis, a subvenu seul aux frais de l'éducation, aura-t-il contre l'autre une action récursoire jusqu'à concurrence de la quote-part de ce dernier dans les frais ? Plusieurs décisions judiciaires refusent tout recours à l'époux gardien, en se fondant sur ce que l'obligation alimentaire n'est ni solidaire ni indivisible et qu'en ne faisant aucune réclamation pendant un certain temps, le demandeur a pour ainsi dire renoncé à

l'exercice de son droit (Paris, 26 avril 1892, *Gaz. des tribunaux*, 14 mai 1892; Trib. de Vesoul, 27 janvier 1893, *Gaz. des tribunaux*, 2 avril 1893). Il conserve néanmoins la faculté de solliciter pour l'avenir, la participation du conjoint non gardien dans les dépenses d'entretien.

Lors du rétablissement du divorce, en 1884, plusieurs propositions furent faites pour garantir ce droit des enfants à la pension alimentaire vis-à-vis de leurs parents divorcés.

A la Chambre, M. Ganault présenta un amendement qui avait le grave inconvénient d'ouvrir un droit de succession sur les biens des époux encore vivants, et qui tendait à assurer une quote-part de ces biens aux enfants, du jour du divorce. Cet amendement combattu par M. Letellier fut rejeté à la séance du 16 juin 1882.

En seconde délibération au Sénat, M. Delsol défendit une proposition analogue, mais qui accordait un droit aux enfants, seulement sur les biens de l'époux coupable. Le Sénat sur les instances de M. de Marcère repoussa également cette proposition, le 23 juin 1884.

De son côté, la commission parlementaire de la Chambre des députés, avait proposé à l'article 304, l'addition suivante, qu'il est regrettable de ne pas voir figurer dans la loi : « *Le tribunal qui prononcera le divorce déterminera la pension annuelle qui devra être servie aux enfants nés du mariage, pour leur nourriture, leur entretien et leur éducation.* »

CHAPITRE XIII

PRINCIPE DE L'ARTICLE 304.

L'article 304, est conçu en ces termes : « *La dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère ; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts, s'il n'y avait pas eu de divorce.* »

Le divorce a bien pu détruire avec le mariage, les rapports d'époux à époux, mais il n'a pu anéantir les rapports de filiation qui sont indestructibles. Les enfants ont puisé des droits dans le mariage de leurs père et mère, ils ne doivent pas les perdre par la faute de leurs auteurs. C'est cette vérité évidente, qu'énonce l'article 304, constituant presque une superfétation.

Les enfants conserveront d'abord les droits de succession qu'ils tiennent de l'article 745, et garantis par une réserve héréditaire à leur profit. Si l'un de leurs parents ou tous les

deux, ont contracté un second mariage, ils viendront concourir avec leurs frères consanguins ou utérins.

En second lieu, si le contrat de mariage de leurs père et mère contenait une institution contractuelle faite par un parent de l'un ou de l'autre des époux, ou même par un étranger, les enfants y auront toujours un droit éventuel, car l'article 1082 qui autorise cette donation de biens à venir, dit dans son second alinéa : « *Pareille donation quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage.* »

Mais pour l'ouverture de ces différents droits, le mariage sera réputé exister toujours, le divorce n'y apportera aucune modification. La succession du père ou de la mère ne sera ouverte qu'à son décès ; le bénéfice de l'institution contractuelle ne sera transmis aux enfants qu'au cas de survie du donateur à l'époux donataire.

Quant aux avantages que les conjoints divorcés se sont faits entre eux par contrat de mariage ou autrement, les enfants ne peuvent jamais songer à en bénéficier directement, même quand l'époux coupable en est déchu en vertu de l'article 299. En effet, ces avantages s'adressent à l'époux lui-même et ne sont pas transmissibles aux enfants (art. 1093).

Ce ne sont pas seulement les enfants qui gardent leurs droits après le divorce, il en est de même des parents, quoique l'article 304 ne le dise pas. Ils succéderont donc à leurs enfants en cas de prédécès de ceux-ci sans postérité, et leur réserve elle-même ne saurait être entamée.

CHAPITRE XIV

DES ÉVÉNEMENTS POUVANT MODIFIER LA SITUATION NÉE DU DIVORCE.

La situation particulière créée par le divorce aux parents dans leurs rapports avec leurs enfants, est susceptible de se transformer par suite de divers événements. Nous indiquons : la majorité, l'émancipation ou la mort de l'enfant ; la mort du gardien ; la déchéance de la puissance paternelle encourue par l'un des époux.

A sa majorité ou à son émancipation, l'enfant devient libre de disposer de sa personne et de ses biens, il est soustrait aux conséquences de la puissance paternelle au sens strict du mot ; par suite, les dispositions prises à son sujet dans le jugement de divorce ou dans un jugement postérieur doivent cesser.

C'est presque une naïveté de dire qu'il en est de même après la mort de l'enfant, et que celle-ci a pour effet de rétablir l'égalité des deux époux. Cependant, un jugement du tribunal de Chartres du 27 janvier 1890 (*Gaz. du Palais*, 1890, 1. 615), mérite d'être signalé à cet égard. L'époux

auquel la garde avait été confiée, avait prétendu que cette décision devait se perpétuer même après le décès de l'enfant et que lui seul avait droit au cadavre du mineur. Le tribunal refusa avec raison d'admettre une telle prétention, et ordonna l'inhumation de l'enfant dans un terrain neutre où les époux auraient tous deux un libre accès. (Dans le même sens, Trib. de Marseille, 15 décembre 1900, *Le Droit*, 17 avril 1901).

Que va-t-il se passer au décès du gardien ?

Si le gardien est un tiers, il y aura lieu de recourir aux tribunaux pour obtenir un nouveau règlement du droit de garde, cela ne fait aucune difficulté.

Si au contraire, le gardien est l'un des époux, son décès donnera ouverture à la tutelle et aura pour effet de restituer le survivant, *ipso jure*, dans tous ses attributs de puissance paternelle, notamment dans la garde (Paris, 24 juin 1892, D. 93. 2. 81).

En effet, la disposition du jugement de divorce qui enlève la garde à l'un des époux, n'entraîne pas pour lui, la déchéance de ses autres attributs de la puissance paternelle. Elle a été nécessitée par l'impossibilité qu'il y avait d'attribuer au père et à la mère une autorité commune sur la personne de leurs enfants ; il fallait résoudre un conflit, on l'a fait dans le sens le plus favorable aux enfants. Mais quand l'un des parents est décédé, il n'y a plus de conflit possible, il n'y a plus désormais de communauté de devoir et d'autorité, l'article 302 doit donc cesser de recevoir son application, et les règles ordinaires de la puissance paternelle doi-

vent reprendre leur empire. Il y aura à la fois concours de la tutelle et de la puissance paternelle.

Lorsque ce sera la mère qui sera survivante, elle devra avant d'entrer en fonctions, se conformer aux dispositions de l'article 395, si elle est remariée, que son second mariage ait eu lieu avant ou après la mort de son second mari. « On ne saurait décider autrement sans créer contre toute raison et toute logique, au profit de la femme divorcée qui s'est remariée du vivant de son premier mari, une situation privilégiée, puisque du fait de son union, elle échapperait au contrôle du conseil de famille, tandis que la veuve, dont la conduite aurait été irréprochable et qui voudrait se remarier y serait soumise de par l'article 395. » (Trib. de la Seine, 12 mai 1898, *Gazette des tribunaux*, 21 juillet 1898).

Enfin, la déchéance de la puissance paternelle pourrait être prononcée contre l'un des époux ou contre les deux, soit pour des faits ayant été invoqués en faveur du divorce, soit pour des faits postérieurs. L'article 2, paragraphe 6, de la loi du 24 juillet 1889, dispose que peuvent être déchus de leur droits : « *En dehors de toute condamnation, les père et mère qui par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire ou scandaleuse, ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants.* » Cette disposition laisse donc aux juges une large liberté d'appréciation, et il y aura quelquefois connexité entre la demande en divorce et la demande en déchéance de la puissance paternelle.

Lorsque le père ou la mère aura été déclaré déchu de ses droits, il ne pourra plus être question d'appliquer les règles des articles 302 et 303 du Code civil, il faudra se conformer à celles de la loi du 24 juillet 1889.

TROISIÈME PARTIE

LÉGISLATION COMPARÉE

Nous allons, dans cette troisième partie, passer rapidement en revue quelques législations étrangères et voir comment elles ont réglé l'attribution de la puissance paternelle et spécialement du droit de garde, soit après le divorce, soit après la séparation de corps.

Nous les diviserons à cet effet en trois groupes. Nous rangerons dans le premier groupe, les législations qui, comme chez nous consacrent à la fois le divorce et la séparation de corps; dans le second, celles qui admettent le divorce seul, et dans le troisième, celles qui n'admettent que la séparation de corps.

CHAPITRE PREMIER

PAYS DE DIVORCE ET DE SÉPARATION DE CORPS.

BELGIQUE.

Le Code français de 1804, dès sa promulgation, s'étendit à la Belgique, alors sous la domination française. Il y est resté en vigueur par la suite, et il y subsiste encore aujourd'hui à peu près entièrement dans sa forme primitive.

Ce pays est donc soumis depuis lors, à la fois au divorce et à la séparation de corps. C'est donc aussi le système de notre Code relatif aux enfants, qui y est appliqué; ceci explique pourquoi nous avons eu recours quelquefois à la jurisprudence belge. Notons que les époux pouvant recourir au divorce par consentement mutuel, ce sont eux qui doivent régler la garde des enfants, de plus l'article 305 recevra dans ce cas, son application.

Dans l'avant-projet de revision du Code civil, rédigé sur la demande du Ministre de la justice, M. Laurent propose de remettre l'exercice de la puissance paternelle à l'époux qui a la garde de l'enfant. Il remet aussi au tiers, l'exercice du

droit de correction sous la garantie de l'avis favorable d'un conseil de famille auquel seraient appelés les père et mère (Art. 244 du projet).

Enfin il inscrit dans la loi, les divers moyens employés par la jurisprudence pour assurer l'exécution du jugement (Art. 240). Mais ce projet de revision ne semble pas devoir aboutir avant longtemps.

ANGLETERRE.

La garde des enfants après le divorce ou la séparation de corps, est régie par une loi du 24 avril 1873. Cette loi a étendu les droits de la mère, qui normalement, n'a aucune part à la puissance paternelle.

Le juge a le droit, soit avant, soit après l'arrêt final de divorce ou de séparation, de prescrire les mesures qu'il juge nécessaires quant à la garde ou à l'éducation des enfants, ou de les placer directement sous la protection de la division de Chancellerie de la Haute-Cour, qui statuera elle-même.

En principe, la garde des enfants appartient au père : il est leur gardien naturel. Les époux peuvent néanmoins faire entre eux dans l'acte de séparation, un arrangement pour remettre la garde à la mère, mais la cour de Chancellerie demeure libre de n'en pas tenir compte, si elle estime que cet arrangement est préjudiciable aux enfants. Autrefois, une convention de cette nature était absolument nulle. A défaut d'entente, et quand le père est jugé incapable de remplir convenablement la fonction de gardien, la cour de Chancellerie,

sur la requête de la mère, peut ordonner, ou bien que celle-ci aura accès auprès de son enfant âgé de moins de seize ans, ou même qu'elle pourra le prendre auprès d'elle jusqu'à cet âge, sous telles conditions qu'il plaira à la cour de poser et sauf le droit du père ou tuteur de voir également l'enfant aux lieux et jours fixés par la cour. La loi de 1873 a porté de sept à seize ans, l'âge auquel la mère peut prétendre à la garde de son enfant, ce droit lui est refusé si elle s'est rendue coupable d'adultère. Le père privé des enfants doit payer chaque semaine à la mère, par l'intermédiaire de *law guardians*, une pension dont le montant est déterminé par le jugement.

AUTRICHE.

L'Autriche connaît à la fois la séparation de corps et le divorce, mais ce n'est pas pour en laisser le choix aux individus. Refusé aux catholiques, le divorce est permis à ceux qui professent une autre religion. Nous n'avons pas à démontrer la bizarrerie d'une semblable législation ni à exposer la pratique qu'elle a engendrée, des mariages dits « transylvaniens ».

Signalons tout d'abord les mesures compliquées prises par le Code autrichien, pour empêcher une confusion de part.

Lorsque la femme divorcée est enceinte, elle doit attendre sa délivrance avant de se remarier. Quand il y a doute sur l'état de grossesse de la femme, elle ne peut contracter un nouveau mariage qu'après l'expiration d'un délai de six mois. Toutefois, s'il résulte des circonstances, par exemple de

l'absence ou de la maladie prolongée du mari avant la dissolution du mariage, que la grossesse n'est pas probable, le tribunal peut accorder une dispense à la femme et lui permettre de se remarier à l'expiration d'un délai de trois mois (Art. 120). Le mariage contracté au mépris de ces prohibitions n'est pas nul, il fait seulement encourir à la femme et à son second mari, certaines pénalités. Si un enfant vient à naître et qu'on ne puisse savoir s'il est du premier ou du second mari, on lui nomme un curateur pour la défense de ses droits.

En ce qui concerne les mesures relatives à la garde et à l'éducation des enfants après le divorce ou la séparation, les parents doivent s'entendre entre eux à ce sujet. Toutefois, la séparation volontaire étant autorisée, si l'un des époux est mineur, la convention dans ce cas, sera soumise à la ratification du tribunal ou du protecteur légal du mineur (Art. 106 et 142).

A défaut d'accord des père et mère, le tribunal ordonne d'office que les garçons jusqu'à quatre ans révolus, les filles jusqu'à sept, soient élevés par la mère. Cette règle n'est pourtant pas absolue, le tribunal peut s'en écarter, quand il estime que des motifs graves, fondés principalement sur la cause occasionnelle du divorce ou de la séparation, exigent une disposition différente dans l'intérêt des enfants (Art. 142).

Quant aux frais de l'entretien ou de l'éducation des enfants, ils sont supportés après le divorce ou la séparation, comme durant le mariage. A défaut de fortune personnelle des en-

fants, ces frais sont payés exclusivement par le père; la charge n'en incombe à la mère que quand son mari est dans le besoin.

HONGRIE.

La loi XXXI sur le mariage, votée en 1894, prévoit le divorce et la séparation de lit et de table. Ce qui a rapport aux enfants a été traité abondamment. Toutes les dispositions à ce sujet, sont communes au divorce et à la séparation de corps.

D'abord, pendant l'instance, le juge est tenu à la requête de l'un des époux de prononcer la séparation provisoire de lit et de table (Art. 98). Par cette même décision, il décide également provisoirement, de la résidence des enfants mineurs communs et de leur entretien (Art. 102).

Lors de la décision définitive, les époux peuvent s'entendre entre eux au sujet de la garde et de l'entretien des enfants. S'ils ne le font pas, le juge, en prononçant le divorce, doit en principe les laisser à la mère jusqu'à l'âge de sept ans, et après cet âge, les remettre à l'époux non coupable, et si les deux parents ont été déclarés coupables, confier les fils au père et les filles à la mère. Mais ces règles ne s'imposent pas au juge, il peut d'office répartir autrement la garde, même confier les enfants à une tierce-personne, quand ce sera l'intérêt évident des enfants, en raison de la culpabilité des parents et de toutes autres circonstances. Son droit va jusqu'à pouvoir anéantir la convention des époux (Art. 95).

Si le juge ne se trouve pas suffisamment éclairé pour

prendre une décision, il renvoie le dossier, afin qu'il soit statué, à l'autorité tutélaire, sorte de tribunal organisé dans chaque ville ou municipe, sous le nom de « conseil d'orphelins », et spécialement chargé de veiller aux intérêts des mineurs ⁽¹⁾ (Cf. Loi XX de 1877, art. 176 et suiv., *Annuaire de législation étrangère*, 1878).

Lorsque par la suite, à raison des circonstances nouvelles, la décision du juge ne convient plus à l'intérêt des enfants, l'autorité tutélaire peut statuer à nouveau et différemment sur la résidence et l'entretien des enfants (Art. 97).

Le père ou la mère privé de la garde, a, en principe, le droit de voir l'enfant et de surveiller son éducation. En cas de difficulté, c'est l'autorité tutélaire qui fixe le mode et les conditions des entrevues, elle peut même les interdire complètement dans l'intérêt évident de l'enfant (Art. 103).

Enfin, en cas d'insuffisance des revenus personnels de l'enfant, les deux parents sont tenus de supporter proportionnellement à leurs ressources les frais d'entretien et d'éducation. Le juge ou l'autorité tutélaire ont le droit, lorsqu'il y a nécessité, d'ordonner des sûretés nécessaires pour garantir le paiement de la pension établie au profit de l'enfant (Art. 95).

La même loi de 1894, contient en ce qui concerne le consentement au mariage, une disposition analogue à celle de notre loi de 1896. L'article y donne, en effet, à la mère séparée de lit et de table ou divorcée, le droit de consentir au mariage

(1) Il ne faut pas confondre le conseil d'orphelins avec le conseil de famille qui existe aussi en Hongrie. Ce sont deux institutions totalement distinctes.

des enfants confiés à sa garde, le père ne la remplace que quand elle est empêchée ou privée de la puissance paternelle. Il faut noter qu'en Hongrie, le consentement au mariage n'appartient pas concurremment au père ou à la mère : en temps normal, c'est le père seul qui consent, la mère n'est substituée à lui qu'en cas d'impossibilité ou d'empêchement de sa part.

HOLLANDE.

Les effets du divorce ou de la séparation de corps, sont en Hollande la reproduction des nôtres, sauf quelques dispositions complémentaires. Ainsi, d'abord, la séparation conventionnelle étant permise, les époux doivent au préalable en régler les effets par acte authentique, tant pour eux que pour leurs enfants.

En outre, l'article 284 prévoyant le cas de décès de l'époux auquel les enfants ont été confiés, permet au tribunal de les remettre à une autre personne pour en prendre soin. L'autre époux ne recouvre donc pas la garde par cet événement. Enfin l'article 285 a cru devoir dire que les père et mère conservent les droits attachés à la puissance paternelle et à la tutelle.

SUÈDE.

Les époux divorcés doivent s'entendre sur l'attribution des enfants, c'est seulement à défaut d'accord entre eux que le juge doit remettre les enfants de préférence à l'époux innocent, ou si celui-ci est dans l'impossibilité de s'en charger, à l'époux coupable ou à un tiers. Dans tous les cas, le juge fixe la somme qui sera consacrée à leur entretien sur les biens du père et de la mère (Code suédois, ch. XIII, art. 3).

Lorsque la séparation a été prononcée aux torts du mari, la femme garde l'administration des biens de la communauté et celle des enfants. Si elle ne peut se charger de ce double soin, le tribunal lui adjoint un conseil et fixe la part des revenus due au mari, en général le tiers, la femme conservant les deux autres tiers pour elle et ses enfants. Lorsque la femme est cause de la séparation, c'est le mari qui conserve à la fois les biens et les enfants (Ch. XV, art. 4).

Enfin, quand les torts sont réciproques, la garde des enfants et des biens est remise au plus apte des conjoints, le mari devant être préféré, à aptitudes égales. Si aucun d'eux n'est capable, le juge désigne deux administrateurs qui prendront soin des biens et des enfants.

DANEMARK.

Les époux doivent régler d'un commun accord la garde des enfants soit pendant la durée de l'instance, soit après le divorce, sinon c'est le juge qui désigne l'époux auquel ils seront confiés. Le mari doit contribuer à l'entretien des enfants laissés chez leur mère.

LOUISIANE.

En Louisiane, pendant la durée de l'instance en divorce ou en séparation, les enfants doivent en principe être laissés à la femme demanderesse ou défenderesse, c'est seulement pour des motifs graves que les juges sont autorisés à prendre la mesure qu'ils estiment convenable (*Annuaire de législation étrangère*, 1888, p. 935).

CHAPITRE II

PAYS DE DIVORCE SEUL.

ALLEMAGNE.

D'après le nouveau Code civil allemand entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, quand il y a divorce, le soin de la personne des enfants pendant la vie des époux, appartient à l'époux innocent, si un seul des conjoints a été déclaré coupable. Si les deux sont coupables, la garde des fils au-dessous de six ans, et des filles; est donnée à la mère, celle des fils de plus de sept ans au père. Cependant, le tribunal de tutelle peut faire une distribution différente si elle est commandée par les circonstances et par l'intérêt de l'enfant; il peut également faire cesser cette distribution lorsqu'elle n'est plus nécessaire.

Mais le père a toujours le droit de représenter l'enfant, il demeure son représentant légal quoique le soin de la personne lui ait été enlevé (Art. 1635).

L'époux conserve la faculté de voir l'enfant dont la garde ne lui est pas conférée. En cas de difficultés, le tribunal de tutelle peut réglementer ce droit dans ses détails (Art. 1636).

Lorsque le mari doit fournir l'entretien à un enfant commun, la femme est tenue de donner une contribution convenable sur les revenus de ses biens ou le produit de son travail ou de son industrie, lorsque la jouissance des biens de l'enfant n'est pas suffisante pour subvenir à son entretien.

Lorsque c'est la femme qui a la garde de l'enfant, et qu'il y a lieu de craindre que l'entretien de celui-ci ne soit en péril, la femme a le droit de retenir le montant nécessaire pour cet entretien et d'en faire emploi (Art. 1585).

ROUMANIE.

Le Code civil roumain a copié presque entièrement le nôtre. Il admet le divorce par consentement mutuel, avec les effets qui figuraient dans le Code de 1804. Il reproduit textuellement, pour les autres causes de divorce, dans ses articles 282, 283 et 284, les dispositions respectives de nos articles 302, 303 et 304.

SUISSE.

La loi fédérale de 1874, ne s'occupe pas des effets du divorce sur l'éducation et l'instruction des enfants. Ces effets comme les autres, sont réglés par la législation du canton à la juridiction duquel le mari est soumis. Voici comment quelques cantons ont résolu cette question.

A Zurich et en Thurgovie, les enfants sont confiés à la mère jusqu'à cinq ans révolus, et passé cet âge au père, sauf telles autres mesures que les autorités tutélaires jugeraient

préférables dans l'intérêt des enfants ; le Code de Schaffouse adopte la limite de six ans au lieu de cinq.

Dans le canton de Glaris, on adopte également la limite de six ans ; mais au-dessus de cet âge, les fils seuls sont attribués au père, les filles restent à la mère. En cas de rupture d'un mariage mixte, les enfants doivent être laissés de préférence à l'époux dans la confession duquel ils ont été élevés jusqu'alors.

Dans les Grisons et à Lucerne, le tribunal décide souverainement à qui doit être confiée la garde des enfants et indique la somme pour laquelle l'autre époux doit contribuer à l'entretien.

Dans le canton de Saint-Gall, les époux peuvent se mettre d'accord au sujet des enfants, lors de leur comparution devant le bureau de conciliation, et il en est fait mention dans le procès-verbal. Si les parties ne se sont pas entendues, le jugement de divorce règle souverainement la garde, la contribution pécuniaire et le droit de visite de l'époux auquel les enfants ne sont pas adjugés, sans préjudice pour l'autorité tutélaire du droit de modifier ces mesures selon les circonstances.

Dans le canton de Vaud, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé est déchu de tous ses droits sur ses enfants.

A Soleure et en Argovie, les enfants doivent être remis en principe à l'époux innocent qui a demandé le divorce.

A Genève, les effets du divorce sont les mêmes que dans notre Code civil.

CHAPITRE III

PAYS DE SÉPARATION DE CORPS SEULE.

ITALIE.

C'est le tribunal qui, en prononçant la séparation de corps, décide, comme il l'entend, quel est celui des deux conjoints qui doit pourvoir à l'entretien, à l'éducation et à l'instruction des enfants. Il peut, mais seulement pour des motifs graves, ordonner le placement de ceux-ci dans un établissement d'éducation, ou les confier à un tiers (Art. 154). Les père et mère conservent toujours le droit de veiller à l'éducation des enfants (Art. 155).

L'époux coupable perd l'usufruit légal, mais le Code italien dit expressément qu'il passe à la mère innocente (Art. 156 et 231).

Enfin, la présomption légale de paternité est affaiblie, à partir de la prononciation de la séparation, et non pas comme chez nous à partir de la demande. Sauf cette différence, les effets et les conditions du désaveu sont les mêmes que ceux de la loi de 1850.

ESPAGNE.

Il convient d'abord de signaler une cause de séparation, qui, en droit français, entraînerait la déchéance de la puissance paternelle, mais ne serait guère susceptible de faire prononcer le divorce ou la séparation de corps. C'est : l'effort du mari ou de la femme pour corrompre les fils ou prostituer les filles, ainsi que leur connivence pour cette corruption et cette prostitution (Art. 105-5°).

Pendant l'instance, les enfants sont confiés suivant les circonstances à la garde de l'un des conjoints ou des deux ; en général ceux au-dessous de trois ans à la mère, les autres au père (C. proc. civ., art. 1887).

Le Code de 1888 détermine les effets du jugement de séparation, de sorte que les juges n'ont pas à intervenir. L'époux coupable perd la puissance paternelle et les avantages qui y sont attachés, sans cesser d'être tenu des obligations qu'elle impose ; les enfants sont remis sous la puissance de l'époux innocent. Si les deux époux sont coupables, il y a lieu de nommer un tuteur aux enfants. Toutefois, par dérogation à ces règles, la mère conserve toujours, à moins d'une disposition contraire du jugement, la garde des enfants mineurs de trois ans, jusqu'à ce qu'ils aient atteint cet âge (Art. 73).

A la mort de l'époux innocent, l'époux coupable recouvre parfois la puissance paternelle, mais il se peut aussi que la déchéance soit définitive, et alors le prédécès de l'époux innocent donne ouverture à la tutelle. L'époux coupable est à jamais déchu de l'autorité sur ses enfants, si la séparation a

eu une cause autre que l'adultère, les excès ou les injures graves.

Lorsqu'il y a réconciliation entre les conjoints, les effets de la séparation cessent ; néanmoins les droits de la puissance paternelle ne font jamais retour à l'époux coupable, si le jugement de séparation était fondé sur les efforts séparés ou réunis du mari ou de la femme pour corrompre leurs fils ou prostituer leurs filles (Art. 73 et 74).

PORTUGAL.

En Portugal, c'est le conseil de famille convoqué pour donner son avis sur la demande en séparation qui décide, à défaut d'entente entre les parents, quelles mesures doivent être prises à l'égard des enfants. Cette décision est soumise à l'homologation du tribunal, mais n'est susceptible d'aucun recours (Art. 1207 et 1208).

La garde confiée à l'un des époux, ne décharge l'autre conjoint d'aucune de ses obligations et ne le prive d'aucun de ses droits paternels ; mais il est tenu de ne pas mettre obstacle à la mission spécialement confiée au premier (Art. 1212).

CONCLUSION

Nous croyons avoir suffisamment démontré que le Code civil qui consacre expressément après le divorce, le principe de l'unité de direction en ce qui concerne le droit de garde, maintient également la suprématie du père pour les autres attributs de la puissance paternelle. On a vu que c'était le système adopté explicitement par le nouveau Code civil allemand.

La prépondérance d'un seul, nécessaire tant que les deux époux sont unis, est plus indispensable encore quand le mariage est dissous, car tout espoir d'entente entre les deux parents est désormais perdu. Le partage égal de la puissance paternelle serait favoriser l'anarchie, les conflits et les luttes étalés sous les yeux des enfants qui n'y puiseront pas les sentiments de respect, dont la morale comme le Code leur font un devoir. L'unité de direction n'a pas seulement son utilité pour l'accomplissement du devoir d'éducation, elle est aussi utile quand il s'agit d'administrer les biens de l'enfant, ou de le représenter en justice.

Est-ce à dire que tout soit parfait dans le système qui a été

adopté par le Code, et qu'il n'y ait rien à y reprendre? Évidemment non. Sans prétendre exposer ici une solution complète du problème, assurément difficile, des rapports des parents avec leurs enfants communs après le divorce, nous voudrions en terminant, émettre quelques idées sommaires au sujet d'une réforme possible de ces rapports.

Il y aurait lieu d'abord, selon nous, afin de supprimer les controverses, et cette sorte de mission tutélaire que s'arroe le pouvoir judiciaire sur les enfants d'époux divorcés, d'assurer d'une manière expresse à un seul des parents, l'exercice de la puissance paternelle. Mais la prérogative du père, n'a plus ici la même raison d'exister, il serait même assez naturel en même temps que juste, de joindre autant que possible à la garde, les autres attributs de la puissance paternelle. L'extension à la puissance paternelle entière, du principe admis par le nouvel article 152 pour le consentement au mariage, nous semble désirable. On fera sans doute ainsi, subir une déchéance au père coupable, mais comment pourrait-il se plaindre? En rendant par ses débordements, le divorce nécessaire, il n'a pas seulement méconnu ses devoirs d'époux, il a aussi négligé ses devoirs de père, qui lui ordonnaient dans l'intérêt des enfants de chercher à assurer la stabilité du mariage et de la famille.

Cependant cette déchéance prononcée contre l'époux coupable, aurait avec celle de la loi du 24 juillet 1889 cette différence, qu'elle disparaîtrait par la mort de l'autre conjoint. Elle ne supprimerait pas non plus toute relation du père avec les enfants et ne s'opposerait pas à ce qu'il les ait sous sa

garde à certaines époques déterminées. Si la garde n'était pas conférée en principe à l'époux innocent, comme par exemple lorsque le divorce a été prononcé aux torts des deux conjoints, il n'y aurait aucun inconvénient à laisser au père tous ses droits.

C'est le système un peu modifié du Code espagnol pour la séparation de corps, nous ne le trouvons pas exagéré.

Enfin, il est regrettable que le conseil de famille ne soit pas appelé à donner, au moins son avis, sur l'attribution de la garde, comme l'était l'ancienne assemblée de famille sous l'empire de la loi de 1792. Mieux à même qu'un tribunal de connaître la véritable situation de la famille, il est mieux qualifié aussi pour apprécier l'intérêt de l'enfant. Son intervention serait nécessaire surtout au cas de second mariage de l'époux qui a obtenu la garde, car c'est dans cette hypothèse que les enfants seront le plus sacrifiés et qu'il convient de veiller plus énergiquement à leur protection.

VU : *Le Président de la thèse,*

ANDRÉ WEISS

VU : *Le Doyen,*

GLASSON

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1
PREMIÈRE PARTIE	
APERÇU HISTORIQUE	
CHAPITRE PREMIER	
DROIT ROMAIN.....	7
CHAPITRE II	
LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET LE CODE CIVIL.....	21
DEUXIÈME PARTIE	
LÉGISLATION ACTUELLE	
CHAPITRE PREMIER	
DE L'ÉTAT DES ENFANTS NÉS PENDANT	
L'INSTANCE ET APRÈS LA PRONONCIATION DU	
DIVORCE.....	28
SECTION I. — De l'action en désaveu pouvant appartenir au	
mari.....	28
SECTION II. — De l'action en contestation de légitimité.....	40

	Pages.
SECTION III. — A qui appartient l'enfant pouvant invoquer deux présomptions de paternité ?.....	44

CHAPITRE II

DU TÉMOIGNAGE DES ENFANTS DANS L'INSTANCE...	47
--	----

CHAPITRE III

LE DROIT DE GARDE PENDANT L'INSTANCE.....	52
---	----

CHAPITRE IV

LE DROIT DE GARDE APRÈS LE DIVORCE.....	81
---	----

SECTION I. — Principe.....	82
----------------------------	----

SECTION II. — Personnes pouvant demander au tribunal de déroger au principe.....	83
---	----

SECTION III. — Pouvoirs du tribunal régulièrement saisi d'une demande émanant des personnes désignées par la loi.....	91
---	----

SECTION IV. — Caractère révocable des mesures ordonnées par le tribunal.....	95
---	----

SECTION V. — Tribunal compétent pour modifier les me- sures primitives.....	97
--	----

SECTION VI. — Voies de recours.....	99
-------------------------------------	----

SECTION VII. — Moyens d'assurer l'exécution des mesures in- téressant les enfants.....	102
---	-----

SECTION VIII. — Pouvoirs du gardien.....	109
--	-----

SECTION IX. — Droit de surveillance des père et mère.....	113
---	-----

<i>Appendice.</i> — Du domicile.....	115
--------------------------------------	-----

CHAPITRE V

THÉORIE GÉNÉRALE SUR LA PUISSANCE PATERNELLE APRÈS LE DIVORCE.....	119
---	-----

Premier système.....	123
----------------------	-----

Deuxième système.....	124
-----------------------	-----

TABLE DES MATIÈRES.

205

	Pages.
Troisième système.	129
Quatrième système.	132

CHAPITRE VI

DU DROIT DE CORRECTION.	137
------------------------------	-----

CHAPITRE VII

DU DROIT DE JOUISSANCE LÉGALE.	144
-------------------------------------	-----

CHAPITRE VIII

DU DROIT D'ADMINISTRATION LÉGALE.	149
--	-----

CHAPITRE IX

DE L'ÉMANCIPATION.	163
-------------------------	-----

CHAPITRE X

DU CONSENTEMENT AU MARIAGE ET A L'ADOPTION.	168
--	-----

CHAPITRE XI

DU CONSENTEMENT A L'ENGAGEMENT MILITAIRE ET A L'ENTRÉE DANS LES ORDRES SACRÉS.	173
--	-----

CHAPITRE XII

DE LA PENSION ALIMENTAIRE.	176
---------------------------------	-----

CHAPITRE XIII

PRINCIPE DE L'ARTICLE 304.	179
---------------------------------	-----

CHAPITRE XIV

ÉVÉNEMENTS POUVANT MODIFIER LA SITUATION NÉE DU DIVORCE.	181
--	-----

TROISIÈME PARTIE

Pages.

LÉGISLATION COMPARÉE..... 185

CHAPITRE PREMIER

PAYS DE DIVORCE ET DE SÉPARATION DE CORPS..... 186

CHAPITRE II

PAYS DE DIVORCE SEUL..... 194

CHAPITRE III

PAYS DE SÉPARATION DE CORPS SEULE..... 197

CONCLUSION..... 200

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR LE DUC